

# Omklassifisering av aksjegevinster i arbeidsforhold

Den skattemessige behandlingen av et utvalg incentivordninger i  
arbeidsforhold

Kandidatnummer: 768

Leveringsfrist: 25.04.2015 kl. 12:00

Antall ord: 17 748



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema for avhandlingen – Problemstilling .....	1
1.1.1	Ansattes aksjer i arbeidsgiverselskapet.....	1
1.1.2	Salg av virksomhet kombinert med earn-out-avtale .....	2
1.1.3	Carried Interest i Private Equity-fond .....	2
1.2	Rettslig plassering .....	3
1.2.1	Klassifisering av fordel .....	3
1.2.2	Fravikelse av skattyternes klassifisering; omklassifisering .....	4
1.3	Videre fremstilling .....	6
<b>2</b>	<b>MOTIVER FOR INNTEKTSSKIFTING.....</b>	<b>8</b>
2.1	Kapitalinntekt vs. arbeidsinntekt.....	8
2.2	Virkninger av omklassifisering .....	9
<b>3</b>	<b>BESKATNING AV AKSJEGEVINST I ARBEIDSFORHOLD .....</b>	<b>11</b>
3.1	Innledning.....	11
3.1.1	Beskatningsalternativer.....	11
3.1.2	Utgangspunkt .....	12
3.2	Grunnvilkår om tilknytning, jf. sktl. §5-1 første ledd. ....	13
3.3	Tilnærmingstype: Hovedregel-unntak eller konkret helhetsvurdering?.....	14
3.3.1	Konklusjon: En konkret helhetsvurdering av de faktiske forhold .....	17
3.4	Det mest naturlige beskatningsgrunnlaget .....	17
3.5	Avvik fra markedsvilkårene .....	18
3.5.1	Anskaffelsesvilkårene .....	19
3.5.2	Aksjebesittelsen .....	19
3.5.3	Avhendelsesvilkår.....	20
3.6	Praktisk fremgangsmåte: Kruse Smith-modellen? .....	22
3.6.1	Beskatning som aksjeopsjon .....	24
3.7	Oppsummering .....	25
<b>4</b>	<b>BESKATNING AV AKSJEGEVINST VED EARN-OUT.....</b>	<b>26</b>
4.1	Innledning.....	26
4.1.1	Historisk tilbakeblikk.....	26
4.1.2	Utgangspunkt og vurderingstema .....	26
4.2	Grunnvilkår om tilknytning mellom aksjegevinst og arbeidsforhold .....	27
4.2.1	Forhold ved selve foretaket.....	30

4.2.2	Avtalens økonomiske vilkår .....	31
4.2.3	Selgers arbeidsrettslige forpliktelser .....	36
4.3	Oppsummering .....	39
4.4	First Securities-dommen som uttrykk for gjeldende rett? .....	40
4.4.2	Omklassifisering av aksjegevinst ved realisasjon? .....	42
<b>5</b>	<b>BESKATNING AV CARRIED INTEREST I PRIVATE EQUITY-FOND.....</b>	<b>45</b>
5.1	Innledning.....	45
5.2	Herkules Capital-saken .....	45
5.3	Klassifisering av carried interest som kapitalinntekt, jf. sktl. §5-20 eller arbeidsinntekt, jf. sktl. §5-10? .....	47
5.3.1	Kvalifisert tilknytning mellom suksesshonorar og arbeidsinnsats? .....	47
5.3.2	Beskatning av suksesshonorar i Herkules-saken .....	48
5.3.3	Konklusjon .....	51
<b>6</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....</b>	<b>52</b>
6.1	Gjeldende rett sett i lys av Scheel-utvalgets innstilling .....	52
<b>7</b>	<b>KILDEREGISTER .....</b>	<b>54</b>
7.1	Norske lover, forskrifter og stortingsvedtak .....	54
7.2	Domsregister .....	54
7.3	Forarbeider, administrative uttalelser og ligningspraksis .....	55
7.4	Litteraturliste .....	56
7.5	Nettdokumenter .....	57
7.6	Øvrige kilder .....	58

# 1 Innledning

## 1.1 Tema for avhandlingen – Problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er den skatterettslige klassifiseringen av aksjegevinster vunnet i forbindelse med arbeidsforhold. Det vil bli forsøkt belyst når ligningsmyndighetene i utvalgte situasjoner kan fravike skattyternes klassifisering av et rettsforhold. Tradisjonelt sett har kapitalinntekter blitt vesentlig mildere beskattet enn arbeidsinntekter. Det foreligger derfor et incitament for skattyter til å få inntekter klassifisert som kapitalinntekt.

I det følgende vil utvalgte typer incentivordninger bli behandlet. Med incentivordninger menes ulike former for motivasjonsordninger for arbeidstakere, der deres avlønning avhenger av arbeidsgiverselskapets måloppnåelse, aksjeverdi mv. På den måten skal man motivere ansatte med mulighet til å påvirke selskapets resultat til å yte mer. Slike ordninger kan bestå av erverv av aksjer til underkurs, aksjeopsjoner eller mer alminnelige kontantbonuser. Earn-out er egentlig ingen incentivordning, men vil likevel bli behandlet. Synspunktet er også her at aksjegevinster reelt sett er tilknyttet arbeidsforholdet.

Målet med avhandlingen er å belyse hvordan slike ordninger blir behandlet skatterettslig. Videre vil det forsøkes å komme med forslag til løsninger av aktuelle problemstillinger der foreliggende rettskilder ikke gir klare retningslinjer for beskatningen. I det følgende vil utvalgte typer av situasjoner hvor omklassifisering er aktuelt bli behandlet. Disse vil bli forklart nærmere i det følgende.

### 1.1.1 Ansattes aksjer i arbeidsgiverselskapet

En form for incentivordning er der ansatte i et selskap gis rett til å erverve aksjer i dette, normalt på gunstige vilkår, med den hensikt å la disse ta del i selskapets fremtidige verdiutvikling.<sup>1</sup> Slike ordninger kan også være fordelaktig for arbeidsgiver fordi likviditeten i selskapet ikke belastes på ervervstidspunktet. Formålet er å motivere de ansatte. Gjennom den ekstra innsats dette genererer i selskapet, kan selskapet på sikt øke sin verdi også for de øvrige aksjonærer.

I stedet for å gi de ansatte rett til å erverve aksjer som ledd i incentivordning, kan de gis rett til å tegne aksjeopsjoner i arbeidsgiverselskapet.<sup>2</sup> En aksjeopsjon er en rett, men ikke plikt, til på et gitt tidspunkt å erverve aksjer til en bestemt kurs fastsatt ved avtaleinngåelsen, jf. sktl. §9-10 andre ledd. Dette vil imidlertid ikke bli behandlet nærmere annet enn der det er hensiktsmessig.

---

<sup>1</sup> Zimmer(2014b) s. 585.

<sup>2</sup> Zimmer(2014b) s. 592.

Problemstillingen i slike tilfeller er om omstendigheter rundt aksjeervervet medfører at fordel vunnet ved aksjene skal beskattes som arbeidsinntekt, jf. sktl. §5-10, jf. sktl. §5-1.

### 1.1.2 Salg av virksomhet kombinert med earn-out-avtale

Salg av aksjer kombinert med Earn-out-avtale innebærer normalt at deler av vederlaget er betinget av virksomhetens fremtidige inntjening, eller at tidligere eier er ansatte i selskapet på et gitt tidspunkt.<sup>3</sup> I skatterettslig forstand brukes "earn-out" der tidligere eiere, for å sikre virksomhetens videre inntjeningsevne, deltar aktivt i virksomheten i en periode etter overdragelsen. Overdragelsen er derfor ofte supplert av såkalte "lockup"-avtaler, eksempelvis bindingstid eller karensklausul, som binder tidligere eier til virksomheten.<sup>4</sup> At disse avtalene overholdes er da normalt en forutsetning for betaling av et restvederlag, slik at brudd på disse får økonomiske konsekvenser for selger(ne).

Problemstillingen i slike tilfeller er hvorvidt det etter omstendighetene er grunnlag for å anse deler av aksjevederlaget som foranlediget av tidligere eiers fortsatte arbeid i virksomheten.<sup>5</sup> Synspunktet er da at denne del av vederlaget utgjør "sign-on-fee", forskuddsbetalt lønn eller vederlag for eventuelle bindingsklausuler.

I det følgende vil kun alminnelige salg bli behandlet, men det skal understrekes at selskaps-overdragelser med earn-out-klausul også kan gjennomføres på andre måter. For eksempel ved salg av innmat, det vil si selve virksomheten, eller ved fusjon der vederlaget er aksjer i overtakende selskap.

### 1.1.3 Carried Interest i Private Equity-fond

Private Equity-fond, eller "oppkjøpsfond", er en fondstype som investerer i selskaper med stort vekstpotensial med formål å utvikle disse og skape en gevinst ved videresalg.<sup>6</sup> Gevinsten fordeles vanligvis slik at investorene først får tilbakebetalt den kapital de har investert med tillegg av en normalavkastning. Utover dette fordeles avkastningen med en andel til henholdsvis investorene, og en andel til forvalterne.<sup>7</sup> Den andelen forvalterne får utgjør et suksesshonorar som kalles carried interest. Problemstillingen i det følgende er hvordan dette skal behandles skattemessig på forvalternes hånd - som kapitalinntekt eller arbeidsinntekt.

---

<sup>3</sup> Zimmer(2014b) s. 600

<sup>4</sup> Gjems Onstad(2001), s. 64.

<sup>5</sup> Zimmer(2014b) s. 601.

<sup>6</sup> LB-2014-48039(Heretter lagmannsretten i Herkules-saken), s. 3

<sup>7</sup> Zimmer(2014b), s. 608.

Carried interest utgjør et gevinstrelatert forvaltningshonorar, som avhenger av verdiutviklingen i fondets portefølje, og dermed utviklingen av fondets verdi som helhet. Hensikten er å gi forvalterne et incentiv til å arbeide for størst mulig avkastning for investorene. Dette kommer til uttrykk i lagmannsrettens dom i *Herkules*-saken der det heter at ”*carried interest er i realiteten en bonus; et incentiv som skal motivere ledende ansatte til å skape maksimale verdier og nytte for investorene.*”<sup>8</sup>

## **1.2 Rettslig plassering**

### **1.2.1 Klassifisering av fordel**

Etter rettspraksis er utgangspunktet for den skattemessige klassifisering av en fordel en skatterettslig bedømmelse av det innhold partene selv har gitt disposisjonen som har foranlediget fordelene.<sup>9</sup> Den konstruksjon partene har etablert, styrer også de skattevirkningene denne skal få. Som skattepliktig inntekt anses enhver fordel vunnet ved både arbeid og kapital, jf. sktl. §5-1 første ledd. I praksis er det imidlertid en vesentlig forskjell i skattebelastningen, og hver fordel må derfor klassifiseres. Avgjørende for hvilken kategori en fordel omfattes av – og som dermed er styrende for beskatningen – er hvilken innsatsfaktor den er foranlediget av; skattyters arbeidsinnsats eller skattyters investerte kapital.

Som hovedregel beskattes aksjegevinster som kapitalgevinst, ettersom den umiddelbart er knyttet til skattyters kapital, jf. sktl. §5-1 andre ledd. Dette gjelder også der aksjeverdien er sterkt preget av aksjonærens arbeidsinnsats. Verdien av et selskaps aksjer vil uansett til en viss grad skyldes aksjonærens og de ansattes arbeidsinnsats – i mindre bedrifter vil aksjonærens innsats normalt være avgjørende for aksjenes verdi.

Hva som menes med ”kapital” er ikke-uttømmende regulert i sktl. §5-20. Det følger av sktl. §5-20 første ledd bokstav b at avkastning av aksjer omfattes av kapitalbegrepet. Kapitalinntekt kan videre inndeles i løpende kapitalavkastning, jf. sktl. §5-20 og kapitalgevinst, som blir aktuelt ved realisasjon av kapitalgjenstanden, jf. sktl. §5-1 andre ledd. Med ”realisasjon” menes etter sktl. §9-2 første ledd en ”overføring av eiendomsrett mot vederlag.”

Hovedvekten vil i det følgende ligge på kapitalgevinster ettersom vurderingen ved situasjonene som skal behandles er knyttet til ”realisasjon av formuesobjekt”, jf. sktl. §5-1 andre ledd. Imidlertid antas det, med støtte i rettspraksis, at vurderingstemaet er det samme enten det er tale om kapitalgevinst eller kapitalinntekt. Det er derfor ikke hensiktsmessig å trekke noe klart skille mellom kapitalinntekter og –gevinster.

---

<sup>8</sup> Lagmannsretten i *Herkules*-saken, s. 11.

<sup>9</sup> Rt. 1994 s. 1064 Bye, s. 1071

Hva som menes med "arbeid" er ikke-uttømmende regulert i sktl. §5-10. I rettspraksis har arbeid blitt forstått som at en fysisk person må yte en personlig innsats av økonomisk karakter.<sup>10</sup> Dette gjelder både i og utenfor tjenesteforhold, jf. sktl. §5-10. Utgangspunktet for klassifiseringen er at enhver fordel som innvinnes i forbindelse med arbeidsforhold, skal beskattes som arbeidsinntekt.<sup>11</sup>

Spørsmålet blir dermed hvordan klassifiseringen blir dersom en fordel isolert sett omfattes av både arbeids- og kapitalbegrepet. Dette beror på hva som etter en helhetsvurdering er det mest naturlige beskatningsgrunnlag, jf. Hagerup-dommen<sup>12</sup>. Denne gjaldt direkte fordelsbegrepets ytre grense og innebar en rettsavklaring også for omklassifiseringstilfellene.<sup>13</sup> Med støtte i dommen må det i grensetilfellene mellom kapitalgevinst og arbeidsinntekt foretas en konkret vurdering av om det foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom fordel og arbeidet:

*"Under enhver omstendighet må det avgjørende kriterium bli om det i det konkrete tilfelle består en så nær sammenheng mellom det arbeid (...) som er ytet, og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som "vunnet" ved arbeidet (...)"*<sup>14</sup> (Mine uthevninger)

#### 1.2.1.1 Klassifisering i internasjonale forhold

Grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalgevinst må også trekkes opp i forhold til skatteavtalene. I kommentarene til OECDs mønsteravtale er det holdepunkter for å anta at begrepet arbeidsinntekt ikke strekker seg fullt så langt i forhold til skatteavtalene som etter intern norsk rett.<sup>15</sup> Ved omklassifisering av aksjegevinst til arbeidsinntekt kan det derfor reises særlige problemstillinger i forhold til skatteavtalene, men dette vil ikke bli behandlet nærmere.

#### 1.2.2 Fravikelse av skattyternes klassifisering; omklassifisering

I Alvdaal-dommen<sup>16</sup>, som gjaldt omklassifisering av aksjegevinst ved earn-out, defineres omklassifisering som at "avtalepartenes betegnelse må vike for en skatterettslig bedømmelse."<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> Zimmer(2014a) s. 137.

<sup>11</sup> Zimmer(2014b) s. 587. Slik også Ot.prp.nr.86 (1997-1998) side 50.

<sup>12</sup> Rt. 1958 s. 583(Heretter Hagerup-dommen)

<sup>13</sup> Zimmer(2004), s. 274.

<sup>14</sup> Hagerup-dommen, s. 585.

<sup>15</sup> Zimmer(2004), s. 277.

<sup>16</sup> Rt. 2008 s. 1307(Heretter Alvdaal-dommen).

<sup>17</sup> Alvdaal-dommen, avsnitt 23.

Omklassifisering er derfor noe annet enn gjennomskjæring i medhold av den ulovfestede omgåelsesregelen. Gjennomskjæring innebærer at man gir et rettsforhold en skatterettslig karakteristikk i strid med rettsforholdets privatrettslige karakter.<sup>18</sup>

I Alvdal- og Gaard<sup>19</sup>-dommene benyttes lignl.<sup>20</sup> §8-1 som hjemmel for omklassifisering. Etter ordlyden er dette imidlertid en bevisregel; ligningsmyndighetene avgjør ”*hvilket faktisk forhold*” som skal legges til grunn for ligningsbehandlingen. Den regulerer derfor i utgangspunktet ikke rettsanvendelsen.<sup>21</sup> Imidlertid kan det tenkes at dette må anses å følge indirekte av bestemmelsens ordlyd, slik Høyesterett virker å legge til grunn i SEB-dommen:

*”I den utstrekning det ved fastsettelsen av inntekts-, formues- og fradragposter må tas stilling til rettsspørsmål, må også disse vurderes av ligningsmyndighetene på selvstendig grunnlag. Dette er ikke uttrykkelig sagt, men ligger implisitt i sen.”*<sup>22</sup> (Min uthevning)

Zimmer mener at lignl. §8-1 ikke er nødvendig som rettsgrunnlag for omklassifisering.<sup>23</sup> Ifølge ham er det tilstrekkelig å konstatere at ligningsmyndighetenes oppgave er å fastsette korrekt skattepliktig inntekt i henhold til gjeldende skatteregler. Avgjørelsen i det enkelte tilfelle må derfor bero på alminnelige skatterettslige prinsipper og bestemmelser, eksempelvis sktl. §5-1.<sup>24</sup>

Skatteretten befinner seg på legalitetsprinsippets område.<sup>25</sup> I utgangspunktet kreves det derfor hjemmel i lov for å pålegge skatteplikt. Til tross for dette gjelder det neppe et krav om klar hjemmel for beskatning. En skranke for rettsanvendelsen setter hensynet til forutberegnelighet, slik at skattyterne skal kunne forutse sin rettsstilling. Når ligningsmyndighetenes adgang til omklassifisering kan sies å følge av grunnleggende prinsipper i sktl. er ikke dette problematisk.

I praksis innebærer omklassifisering at ligningsmyndighetene må foreta en bevisvurdering og dermed legge det mest sannsynlige faktum til grunn, jf. Alvdal-dommen, avsnitt 24.<sup>26</sup> Deretter

---

<sup>18</sup> Zimmer(2009), s. 319.

<sup>19</sup> Rt. 2009 s. 813(Heretter Gaard-dommen).

<sup>20</sup> Lov 13. juni 1980 nr. 24(heretter forkortet lignl.)

<sup>21</sup> Zimmer(2010b), s. 1078.

<sup>22</sup> Rt. 2009 s. 105, avsnitt 112.

<sup>23</sup> Zimmer(2009b), s. 321

<sup>24</sup> Zimmer(2014b), s. 601.

<sup>25</sup> Zimmer(2014a), s. 49.

<sup>26</sup> Slik også Stoveland(2009).



må gjeldende rett anvendes på det faktum som finnes bevist. Deretter kan omklassifisering foretas dersom en fri bevisbedømmelse tilsier at det faktiske grunnlag for skattyters klassifisering ikke kan legges til grunn. Spørsmålet er om fordelingen mellom aksjegevinst og arbeidsinntekt er i samsvar med de reelle forhold.<sup>27</sup> De skattemessige virkningene beror dermed på hvordan avtalen ferdig tolket skal bedømmes etter skattereglene.<sup>28</sup>

Ved avtaletolkningen legges de alminnelige avtalerettslige prinsipper til grunn. I Gaarddommen slås det fast at avtaler mellom profesjonelle parter skal fortolkes objektivt, med stor vekt på ordlyd. En felles forståelse mellom partene som avviker fra ordlyden skal imidlertid legges til grunn dersom denne kan godtgjøres.

Med utgangspunkt i *Hagerup*-dommen kan det oppstilles to vilkår for omklassifisering: For det første må det bestå en "*nær sammenheng*" mellom arbeidet og fordelen. Dette gir uttrykk for et tilknytningskrav, slik det allerede er lovfestet i sktl. §5-1 første ledd. Videre må den aktuelle sammenheng være så nær at det er "*naturlig*" å se fordelen som vunnet ved arbeid.

Fra rettspraksis kan det utledes et tredje krav om at det må foreligge et markert avvik fra markedsvilkårene som begunstiger arbeidstaker i forhold til en alminnelig aksjonærposisjon.<sup>29</sup> I det følgende behandles disse tre vilkårene hver for seg, men det må understrekes at de hører uløselig sammen.

Av plasshensyn blir ikke fordelingen av aksjegevinst på kapital- og arbeidsinntekt i det konkrete tilfellet behandlet nærmere. Det er tilstrekkelig å vise til at de forhold som i taler for klassifisering som arbeidsinntekt i første omgang, også vil gi anvisning på hvor stor del av vederlaget som skal anses som arbeidsinntekt.<sup>30</sup>

### **1.3 Videre fremstilling**

I den videre fremstilling vil jeg ved bruk av alminnelig juridisk metode forsøke å gjøre rede for gjeldende rett i de utvalgte emner som denne avhandlingen skal behandle. Som det har fremkommet foreligger det ved spørsmål om omklassifisering ingen klar lovhjemmel. Jeg vil derfor i stor grad benytte analyse av rettspraksis for å forsøke å gjøre rede for gjeldende rett.

Avhandlingen er inndelt i seks kapitler. I kapittel 3 blir det redegjort for den skattemessige behandlingen av ansattes gevinst på aksjer i arbeidsgiverselskapet. Herunder forsøke å gi an-

---

<sup>27</sup> Wangen(2002), s. 41.

<sup>28</sup> Zimmer(2010), s. 321.

<sup>29</sup> Hauge(2015), note 283.

<sup>30</sup> Zimmer(2014b), s. 605.

visning på hvilke forhold som kan være avgjørende for beskatningen av fordelene den ansatte oppnår. I kapittel 4 vil det videre redegjøres for earn-out-tilfellene, med særlig fokus på First Securities-dommen. Deretter vil det bli drøftet om lagmannsrettens dom i First-saken er i samsvar med gjeldende rett på området. I kapittel 5 vil det bli forsøkt redegjort for beskatningen av carried interest i Private Equity-fond. Spørsmålet er løst av lagmannsretten i LB-2014-48039, men avgjørelsen er anket til Høyesterett. Den er derfor ikke endelig. I lys av tingrettens- og lagmannsrettens dom i saken vil det bli drøftet hvordan suksesshonoraret burde bli beskattet i det aktuelle tilfellet. Avslutningsvis vil grunnprinsippene for klassifisering av aksjegevinster i arbeidsforhold trekkes sammen i et eget kapittel 6.

Først vil det imidlertid i kapittel 2 gjøres rede for motivene som kan ligge bak et ønske om inntektsskifting. Deretter vil det bli redegjort for virkningene av omklassifisering.

## 2 Motiver for inntektsskifting

### 2.1 Kapitalinntekt vs. arbeidsinntekt

Kapitalinntekter har tradisjonelt blitt beskattet mildere enn arbeidsinntekter. Ved de senere skattereformer har man ønsket å øke nøytraliteten i beskatningen, slik at arbeidsinntekt og aksjegevinst beskattes likere. Hensikten er å motvirke inntektsskifting, som innebærer at man søker å få en fordel klassifisert innenfor den mest skattemessig gunstige inntektskategori.<sup>31</sup>

Kapitalgevinst inngår i skattegrunnlaget alminnelig inntekt, og skattlegges med en flat sats på 27% utover skjerming, jf. sktl. §10-12. Det overskudd som over tid gir utslag i eventuell gevinst ved realisasjon er imidlertid beskattet på selskapets hånd med samme sats. Arbeidsinntekt inngår i tillegg til alminnelig inntekt i skattegrunnlaget personinntekt, slik at det også beregnes trygdeavgift med 8,2% for arbeidstakere og eventuell progressiv toppskatt inntil 12%, jf. sktl. §12-2a. På personinntekt påløper også arbeidsgiveravgift, som normalt utgjør 14,1% av beregnet brutto personinntekt, jf. folketrygdloven §23-2.

Det er i utgangspunktet arbeidsgiverselskapet som pålegges plikten til å svare arbeidsgiveravgift, selv om det kan være andre subjekter som har betalt ut fordelene til skattyterne.<sup>32</sup> Ved siden av plikten til å beregne og svare arbeidsgiveravgift, pålegges arbeidsgiver også enkelte andre plikter ved klassifisering som arbeidsinntekt. Blant annet plikt til å foreta lønnsrapportering etter lignl. §5-2, og plikt til å foreta forskuddstrekk etter sktbl.<sup>33</sup> §5-6 første ledd, bokstav a.

Når man ser selskapets og eiers skatt i sammenheng, blir den høyeste marginale skattesats på kapitalinntekter 46,7%.<sup>34</sup> Inkludert arbeidsgiveravgiften blir den høyeste marginale skattesats på arbeidsinntekter 53,7%.<sup>35</sup> Denne forskjellen medfører at begge parter normalt vil at de overførte verdier anses som kapitalgevinst. Eller som det trekkes frem i First Securities-dommen<sup>36</sup>: *”har partene ... en felles interesse i at en fordel blir klassifisert som kapitalinntekt. Selskapet sparer arbeidsgiveravgift, og den ansatte unngår trygdeavgift og toppskatt.”*<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> NOU 2014:13, s. 263.

<sup>32</sup> Utv. 1999 s. 225FIN.

<sup>33</sup> Lov 17. juni 2005 nr 67.

<sup>34</sup> NOU 2014:13, s. 263.

<sup>35</sup> <https://www.regjeringen.no/nb/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/Skattesatser-2015/id2005680/> (Besøkt sist 22. april 2015).

<sup>36</sup> Rt. 2010 s. 999(Heretter First Securities-dommen).

<sup>37</sup> First Securities-dommen, avsnitt 75.

Slik inntektsskifting er uønsket.<sup>38</sup> Det kan bidra til å svekke skattesystemets omfordelende egenskaper. Det normalt er personer med høy inntekt som har muligheter til å innrette seg slik at det som reelt er arbeidsinntekter blir beskattet som kapitalinntekt. Hensynet til vertikal likhet tilsier at skattytere med en høyere inntekt, skal betale en forholdsmessig større andel av inntekten i skatt.<sup>39</sup> Dette vil ikke være tilfellet dersom slike skattytere har bedre muligheter enn lavtlønnede til å omdanne arbeidsinntekter til kapitalinntekt. Hensynet til horisontal likhet tilsier dessuten at like individer bør behandles likt skattemessig. Hvor sterkt man blir beskattet skal ikke bero på om arbeidsinntekt tilordnes et aksjeselskap eller skattyter direkte.

Før skattereformen 2006 var kapitalinntekter i praksis skattefritt for personlige aksjonærer. Gevinstbeskatningsreglene var utformet slik at kapital som var skattlagt i selskapet, som følge av RISK-reglene, ikke ble beskattet igjen ved realisasjon av aksjene.<sup>40</sup> Forskjellen i beskatningen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt var derfor større tidligere. De fleste dommer det vises til her bygger på de tidligere RISK-reglene. Men som det fremgår av forrige avsnitt, vil det også i dag normalt være gunstigere for skattyter å få fordelen klassifisert som kapitalinntekt. Dette gjelder spesielt dersom kapitalinntekten tilordnes et selskap, slik at fritaksmetoden kommer til anvendelse, jf. sktl. §2-38.

Arbeidsinntekt kan kun opptjenes av fysiske personer. Der skattyter er et aksjeselskap, er aksjegevinster fritatt fra beskatning etter fritaksmetoden, jf. sktl. §2-38 andre ledd, bokstav a.<sup>41</sup> Et aksjeselskap er imidlertid ingen fysisk person, og kan derfor ikke ha arbeidsinntekt. Etter omstendighetene kan det imidlertid være holdepunkter for å tilordne aksjonæren arbeidsinntekt der fordelen likevel anses å være vunnet ved arbeid av denne, jf. Gaard-dommen.

## **2.2 Virkninger av omklassifisering**

Det er også forskjeller i relasjon til når fordeler vunnet ved inntektskategoriene kommer til beskatning. Kapitalgevinst tidfestes etter realisasjonsprinsippet, og dermed når selgeren får en ”ubetinget rett” på vederlaget, jf. sktl. §14-2. Dette får man normalt når egen forpliktelse er oppfylt, eksempelvis når vederlag for aksjene er ytt eller aksjene overdras. Der det ligger ytterligere betingelser for motytelsen, er imidlertid en forutsetning for tidfestingen at disse er oppfylt. For arbeidsinntekter kommer kontantprinsippet til anvendelse. Dette innebærer at tidfesting skjer når ”beløpet utbetales”, jf. sktl. §14-3. Dette er normalt når selger mottar kjøpesummen for aksjene.

---

<sup>38</sup> NOU 2014:13, s. 263. Slik også Eide(2008), s. 446-447.

<sup>39</sup> NOU 2014:13, s. 289.

<sup>40</sup> Stoveland(2006)

<sup>41</sup> Sjablongregelen med 3 prosent inntektsføring gjelder kun utbytte, jf. sktl. § 2-38(5).

Dersom skattyter har gitt ligningsmyndighetene *”uriktige eller ufullstendige opplysninger”*, ilegges tilleggsskatt normalt dersom opplysningssvikten har hatt betydning for skatteberegningen, jf. lignl. §10-2. I utgangspunktet utgjør tilleggsskatt 30% av den skatt som *”er eller kunne vært unndratt”*, jf. lignl. §10-4.

Lønnsutgifter er som hovedregel fradragsberettiget, jf. sktl. §6-1. Det som anses som arbeidsinntekt på arbeidstakers hånd kan derfor i utgangspunktet motsvarende fradragsføres hos arbeidsgiver. Et vilkår for fradragsrett er at lønnsutgiften er oppofret hos selskapet.<sup>42</sup>

Ved gevinst på ansattes aksjer beror spørsmålet om fradragsrett på hvordan aksjene overføres til arbeidstakerne. Der dette gjøres ved emisjon, jf. asl.<sup>43</sup> Kap 10, må de øvrige aksjonærene bære tapet. Der dette gjøres ved overføring av selskapets egne aksjer, jf. asl. Kap 9, forekommer en reduksjon i arbeidsgivers formuesstilling, slik at utgiften kan fradragsføres.<sup>44</sup>

Ved earn-out oppstår det et problem ved at arbeidsinntekten kommer fra kjøperen, ikke arbeidsgiverselskapet. I praksis virker det langt på vei som at det godtas at selskapet og de nye aksjonærer avtaler at selskapet refunderer den del av vederlaget som klassifiseres som lønn. Selskapet får dermed fradragsrett, jf. Utv. 1999 s. 225FIN. Motsvarende vil arbeidsgivers ytelse anses som en skattepliktig inntekt for aksjonærene, jf. sktl. §5-1.

---

<sup>42</sup> Zimmer(2014a), s. 182.

<sup>43</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 44. (Heretter forkortet asl.)

<sup>44</sup> Zimmer(2014b), s. 599.

### **3 Beskatning av aksjegevinst i arbeidsforhold**

#### **3.1 Innledning**

##### **3.1.1 Beskatningsalternativer**

I hovedsak foreligger det to beskatningsalternativer av ansattes aksjeerwerb i arbeidsgiverselskapet. For det første kan eventuell underkurs ved ervervet anses som fordel vunnet ved arbeid og beskattes etter sktl. §5-14 første ledd, forutsatt at aksjekjøpet er del av en generell ordning hos arbeidsgiver, jf. første ledd, bokstav c. Naturalytelser vunnet ved arbeid anses som arbeidsinntekt, jf. sktl. §5-12, jf., §5-10 første ledd, bokstav a. Slike fordeler skal etter sktl. §5-3 verdsettes til omsetningsverdi, hvilket innebærer at en eventuell underkurs er skattepliktig. For det andre kan det foretas beskatning av eventuell gevinst ved senere realisasjon, enten som kapitalgevinst der man allerede har beskattet underprisen ved ervervet, jf. sktl. §5-1 andre ledd, eller som arbeidsinntekt der dette ikke er gjort, jf. sktl. §5-1 første ledd. Det avgjørende vil være hvor incentivet ligger fra arbeidsgivers side; ved ervervet, eller ved realisasjonen.<sup>45</sup>

Det kan også tenkes at fordelen beskattes som arbeidsinntekt både på ervervs- og realisasjonstidspunktet. Det ligger da i dagen at skattebelastningen ville blitt uforholdsmessig høy. Nøytralitetshensynet tilsier at slike ordninger ikke bør beskattes strengere enn alminnelig arbeidsinntekt.<sup>46</sup> Et naturlig utgangspunkt er at arbeidstakeren investerer den utbetalte lønn i arbeidsgiverselskapet og bør beskattes deretter.

Der ulike mekanismer ved avtaleforholdet medfører gunstige vilkår for arbeidstaker, foreligger det isolert sett hjemmel for slik beskatning, jf. sktl. §5-1. Den underkurs man blir beskattet for ved ervervet vil imidlertid inngå i skattyters inngangsverdi på aksjene.<sup>47</sup> Fordelen vil derfor ikke blir dobbeltbeskattet, jf. eksempelvis sktl. §10-32 andre ledd, som gir uttrykk for de alminnelige gevinstbeskatningsprinsipper. Dette medfører at den ansattes inngangsverdi tilsvarende aksjenes markedsverdi på ervervstidspunktet, som altså er den verdi arbeidstakeren har blitt skattlagt for.

Tanken bak beskatningen bør være at den fordel aksjonæren har fått i forbindelse med arbeidsforholdet bør beskattes som arbeidsinntekt, og den fordel som skyldes aksjonærens investerte kapital bør beskattes som kapitalgevinst, jf. Kruse Smith-dommen<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Zimmer(2014b), s. 587.

<sup>46</sup> Zimmer(2014a), s. 33.

<sup>47</sup> Zimmer(2014b), s. 595.

<sup>48</sup> Rt. 2000 s. 758(Heretter Kruse Smith-dommen).

*”Dersom en arbeidstaker erverver en aksje fra arbeidsgiver til **underkurs**, vil differansen mellom aksjens verdi og den pris arbeidstakeren har betalt, være en fordel vunnet ved arbeid ... mens spørsmålet om arbeidstakeren kan beskattes for **senere verdistigning** på aksjen, må avgjøres ut fra de regler som gjelder for beskatning av aksjegevinsten.”*<sup>49</sup> (Mine uthevninger)

I teorien har det også blitt reist spørsmål om å beskatte ansattes aksjeerwerb som erwerb av aksjeopsjon i enkelte tilfeller der likheten med slike er stor. Dette er relevant etter rettspraksis, og vurderes derfor nærmere etter en gjennomgang av denne.

### 3.1.2 Utgangspunkt

Gevinst ved realisasjon av aksjer beskattes normalt som kapitalgevinst, jf. Kruse Smith-dommen: *”Den fordel som ligger i at aksjen senere stiger i verdi, er ikke knyttet til arbeidsforholdet, men eiendomsretten til aksjen.”*<sup>50</sup> Årsaken er at den ansatte ved ervervet anses for å ha foretatt en investering med risiko på lik linje med alminnelige aksjonærer.<sup>51</sup> Avkastning og gevinst anses da for vunnet ved den investerte kapital, ikke av arbeidsforholdet. Der dette ikke er tilfelle, kan det bli aktuelt å beskatte den senere gevinst som arbeidsinntekt.

Tradisjonelt har Høyesterett stilt seg avvisende til å anse kapitalgevinster som arbeidsinntekt, men noen klar rettsregel har ikke foreligget. Norberg-dommen<sup>52</sup> gjaldt en skipsfører som måtte tegne aksjer i skipsaksjeselskapet for å kunne bli ansatt der. Ved realisasjon innvant han en gevinst, som ligningsmyndighetene anså som arbeidsinntekt. Høyesterett opphevet ligningen på grunnlag av at det ikke var tilstrekkelig tilknytning mellom aksjegevinsten og arbeidsforholdet.

I juridisk teori ble det hevdet at synspunktet som lå til grunn for Høyesteretts avgjørelse ikke kunne anses holdbart som generelt utgangspunkt.<sup>53</sup> Etter Aarbakkes mening måtte det være grunnlag for å anse en eventuell gevinst som fordel vunnet ved arbeid, der det var en forutsetning for tiltredelse at man tegnet aksjer i arbeidsgiverselskapet. I Kruse Smith-dommen tok flertallet utgangspunkt i Aarbakkes syn på en mulig unntaksregel og uttalte at de synspunkter Aarbakke anførte, hadde gode grunner for seg. Norberg-dommen kan derfor neppe anses for å gi uttrykk for gjeldende rett for tilknytningsvilkåret.

---

<sup>49</sup> Kruse Smith-dommen, s. 765.

<sup>50</sup> Kruse Smith-dommen, s. 766.

<sup>51</sup> Zimmer(2014b), s. 587.

<sup>52</sup> Rt. 1922 s. 523.

<sup>53</sup> Aarbakke(1990), s. 34-35.

### 3.2 Grunnvilkår om tilknytning, jf. sktl. §5-1 første ledd.

Grunnvilkåret for omklassifisering er at det foreligger en tilstrekkelig kvalifisert tilknytning mellom gevinst ved realisasjon av aksjene og arbeidsforholdet. Dette følger allerede av sktl. §5-1: *"fordel vunnet ved arbeid"* anses som skattepliktig inntekt. I Norberg-dommen anså ikke Høyesterett den sammenheng som forelå mellom aksjegevinsten og arbeidsforholdet tilstrekkelig. Annenvoterende i Kruse Smith-dommen tolket dette dithen at tilknytningen må være av en nærmere kvalifisert art.<sup>54</sup> I Lundgaard-dommen<sup>55</sup> ble vilkåret formulert på flere forskjellige måter, men det gjennomgående var også der at det forelå en kvalifisert tilknytning mellom lisensgodtgjørelsen og arbeidsforholdet.

Der de ansatte tegner aksjer som ledd i en generell incentivordning hos arbeidsgiver foreligger det klart nok tilstrekkelig tilknytning for beskatning som arbeidsinntekt. Det er også sikker rett at der en selvstendig næringsdrivende, eksempelvis selskapets eksterne advokat, tilbys aksjer i selskapet, er dette en virksomhetsinntekt, ikke arbeidsinntekt.<sup>56</sup> Mer tvilsomt er det der en ansatt allerede er aksjonær, og i tillegg er styremedlem i selskapet. Avgjørende vil da være i hvilken egenskap man har mottatt aksjene.<sup>57</sup>

I Pre Finans-dommen<sup>58</sup> formuleres tilknytningsvilkåret slik at arbeidsforholdet må ha vært foranledning til at aksjonæren har innvunnet fordelene.<sup>59</sup> Dette innebærer et årsakskrav; arbeidsforholdet må ha vært en forutsetning for aksjegevinsten. Dette kommer også til uttrykk i mindretallets votum i Kruse Smith. Man anså aksjonærposisjonen nært tilknyttet arbeidsforholdet fordi aksjene i realiteten var uomsettelige før eventuelt opphør av forholdet. Det var dermed en forutsetning for aksjeinnehavet at man fremdeles var ansatt i selskapet. Dette innebærer imidlertid ikke en utvidelse av tilknytningsvilkåret, men snarere en fellesbetegnelse på hele vurderingen som må foretas.

I tråd med rettspraksis må det foreligge en så nær sammenheng at det er naturlig å se gevinsten som vunnet ved arbeidet. Dette kan imidlertid ikke vurderes isolert fordi spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig kvalifisert tilknytning beror på hvordan forholdet naturlig bør klassifiseres.

---

<sup>54</sup> Kruse Smith-dommen, s. 770.

<sup>55</sup> Rt. 2003 s. 504(Heretter Lundgaard-dommen).

<sup>56</sup> Zimmer(2014b), s. 588.

<sup>57</sup> Zimmer(2014b), s. 599-600

<sup>58</sup> Rt. 2000 s. 1739(Heretter Pre Finans-dommen).

<sup>59</sup> Pre Finans-dommen, s. 1748.



### 3.3 Tilnærmingsmåte: Hovedregel-unntak eller konkret helhetsvurdering?

I Kruse Smith-dommen ble 13 nøkkelansatte i Kruse Smith Stavanger AS tilbudt å tegne aksjer i selskapet ved rettet emisjon til kr 10,- per aksje. Dette utgjorde en underpris på 133.02,- per aksje i forhold til den matematisk beregnede verdi etter tegningen. Aksjeervervet var underlagt gunstige vilkår, og innebar i realiteten at de ansatte fikk mulighet til å ta del i verdistigningen i selskapet, samtidig som tapspotensialet ble begrenset til tegningskursen.

Ved senere salg til hovedaksjonæren realiserte aksjonærene en gevinst. Denne ble ved endringsligning skattlagt som aksjeopsjon. Byretten kom til at det ikke forelå noen skattepliktig gevinst, mens lagmannsretten kom til at denne kunne skattlegges som fordel vunnet ved arbeid. Ved dissens (3-2) kom Høyesterett til at aksjegevinsten var kapitalgevinst, og ligningen ble opphevet.

Flertallet tok utgangspunkt i at: *”Spørsmålet blir derfor om det på annet grunnlag [enn de Aarbakke nevner] kan gjøres unntak fra regelen om at arbeidsalternativet ... ikke omfatter kapitalgevinster.”*<sup>60</sup>

Han oppstilte dermed en hovedregel om beskatning som kapitalgevinst, og at mulige unntak derfor måtte begrunnes særskilt på grunnlag av kvalifisert tilknytning til arbeidsforholdet. Dette berodde på en konkret vurdering av arbeidstakernes aksjonærposisjon hvor konklusjonen ble at aksjegevinsten ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet, og kunne ikke beskattes som arbeidsinntekt. Etter aksjegevinstbeskatningsloven av 1971<sup>61</sup> §2 var denne gevinsten heller ikke skattepliktig som kapitalgevinst.

Mindretallet formulerte vurderingstemaet som et spørsmål om en grensedragning mellom inntektskategoriene.<sup>62</sup> Han fremholdt at det i utgangspunktet *”ikke er holdepunkter for å anta at gevinst ved avhendelse av aksjer aldri kan være fordel vunnet ved arbeid, slik at gevinsten blir skattepliktig som lønnsinntekt.”*<sup>63</sup> Spørsmålet var dermed under hvilke betingelser en aksjegevinst kunne sies å være vunnet ved arbeid:

*”Spørsmålet om tilknytningen er tilstrekkelig kvalifisert må løses ut fra hvorledes forholdet **naturlig** bør bedømmes, som godtgjørelse for arbeid eller som gevinst ved selvstendig kapitalplassering i aksjer.”*<sup>64</sup> (Min utheving)

---

<sup>60</sup> Kruse Smith-dommen, s. 766.

<sup>61</sup> Loven er opphevet.

<sup>62</sup> Zimmer(2001), s. 280.

<sup>63</sup> Kruse Smith-dommen, s. 770.

<sup>64</sup> Kruse Smith-dommen, s. 770.

Etter en vurdering av de konkrete forhold konkluderte mindretallet med at det var naturlig å se gevinsten som vunnet ved arbeid. Det avgjørende var at tapsrisikoen var ubetydelig i forhold til gevinstmulighetene, og aksjeerhvervet kunne derfor ikke anses å innebære en normal aksjonærposisjon.

Det har i teorien blitt hevdet at mindretallets grensedragnings-tilnærming har mer for seg enn flertallets hovedregel-unntak-tilnærming.<sup>65</sup> Kruse Smith-dommen utgjør et utpreget grensetilfelle, og rettstilstanden er derfor ikke klar.<sup>66</sup> Kvamme mener at forskjellen kun skyldes ny-anseforskjeller i saksforholdene, og at dette ikke kan tolkes slik at det er angitt to forskjellige vurderingstemaer.<sup>67</sup>

Reelt sett kan det ikke ses som sikkert at mindretallets tilnærming er vesentlig annerledes enn flertallets. Også mindretallet tok utgangspunkt i en hovedregelen om at aksjegevinster skal beskattes som kapitalinntekt, men at inntekter vunnet i arbeidsforhold skal beskattes som arbeidsinntekt.<sup>68</sup> Faktum er likevel at flertallet nok kunne tatt mer hensyn til at det i realiteten forelå minimal risiko for tap. Jeg er derfor, sett i lys av Pre Finans-dommen, langt på vei enig med Zimmer i at mindretallets resonnement er mer overbevisende enn flertallets.<sup>69</sup> Det kan i hvert fall argumenteres for at Kruse Smith-dommen har en noe innskrenket rekkevidde etter Pre Finans-dommen.

I Pre Finans-dommen kunne de ansatte låne penger av arbeidsgivers hovedaksjonær for å tegne aksjer i selskapet. Aksjene var knyttet til arbeidsforholdet ved at de måtte selges dersom den ansatte sluttet i selskapet. Dessuten hadde de mulighet til å selge aksjene tilbake til hovedaksjonæren for en avtalefestet sum når de ønsket det, eller levere disse tilbake til denne mot sletting av gjelden. Realiteten var derfor at de ansatte ikke kunne tape på aksjene.

Aksjegevinsten ble ved endringsligning ansett som fordel vunnet ved arbeid. Dette ble fulgt opp i byretten, men fraveket i lagmannsretten. Høyesterett kom enstemmig til at det var mest naturlig å beskatte gevinsten som arbeidsinntekt.

Førstvoterende Oftedal Broch, som dissenterte i Kruse Smith-dommen, tok utgangspunkt i at fordel vunnet ved arbeid skulle beskattes som arbeidsinntekt, jf. dagens sktl. §5-1. Kapitalge-

---

<sup>65</sup> Zimmer(2001), s. 281, Gjems Onstad(2012), s. 251.

<sup>66</sup> Zimmer(2014a), s. 379.

<sup>67</sup> Kvamme(2005), s. 309.

<sup>68</sup> Kruse Smith-dommen, s. 770.

<sup>69</sup> Zimmer(2001), s. 281, slik også Gjems Onstad(2001), s. 69.

vinster skulle som hovedregel likevel ikke skattlegges som arbeidsinntekt. Dersom det foranlediget av arbeidsforholdet forelå en fordel ved anskaffelsen eller avhendelsen av aksjene, kunne dog denne beskattes som arbeidsinntekt. Omstendighetene trakk i retning av en prising knyttet til ansettelsesforholdet, og aksjegevinsten ble ansett som arbeidsinntekt.

Det har blitt antydnet at Pre Finans fulgte mindretallets tilnærmingsmåte i Kruse Smith-saken, og fravek eller innskrenket rekkevidden av flertallets votum der.<sup>70</sup> Annenvoterende Lund, nevnte ikke uttrykkelig Hagerup-dommen som utgangspunkt for sin vurdering. Imidlertid taler mye for at den tilnærming han benyttet seg av, er i tråd med denne. Når man da i Pre Finans-dommen tar utgangspunkt i Hagerup-dommen, kan dette tolkes dithen at man anser mindretallets tilnærming for å være den mest riktige.

I Lundgaard-dommen hadde en ingeniør i forbindelse med et oppdrag utarbeidet en designskisse for en patenterbar oppfinnelse. Arbeidsgiveren, EFI, overtok oppfinnelsen på lisens og gjorde den profilerbar. Etter avtale skulle ingeniøren, Lundgaard, motta oppfinnergodtgjørelse, beregnet som en andel av lisensavgiften. Saksforholdet har dermed en annen karakter enn de to andre dommene, men det var også her spørsmål om grensen mellom kapitalinntekt og arbeidsinntekt.

Ved ligningen ble oppfinnergodtgjørelsen ansett som arbeidsinntekt. Byretten opphevet ligningen, mens lagmannsretten fastholdt den. Høyesterett kom enstemmig til at utbetalingen måtte klassifiseres som arbeidsinntekt.

Førstvoterende skisserte vurderingstemaet i tråd med Hagerup-dommen, og spørsmålet var om det var slik sammenheng mellom lisensinntektene og Lundgaards arbeidsforhold at det var mest naturlig å klassifisere disse som lønnsinntekt.<sup>71</sup> Også her henvises det, slik som i Pre Finans, til Kruse Smith-dommen. Jeg antar imidlertid at denne henvisningen kun hadde til hensikt å illustrere at en fordel kan beskattes som arbeidsinntekt selv om den i utgangspunktet er en kapitalgevinst. Dette var jo utgangspunktet også for mindretallet.

Etter en konkret vurdering av omstendighetene konkluderte man med at det under enhver omstendighet forelå kvalifisert tilknytning mellom godtgjørelsen og arbeidsforholdet. Det var derfor mest naturlig å se det slik at fordelene var vunnet ved arbeid.

---

<sup>70</sup> Gjems Onstad(2001), s. 69

<sup>71</sup> Lundgaard-dommen, avsnitt 34.

### 3.3.1 Konklusjon: En konkret helhetsvurdering av de faktiske forhold

Etter dette legger jeg til grunn at det er en grensedragnings mellom inntektskategorier i tråd med *Hagerup*-dommen som skal legges til grunn.<sup>72</sup> Denne tilnærmingen anses tiltrådt av mindretallet i *Kruse Smith*-dommen og Høyesterett i *Pre Finans*- og *Lundgaard*-dommene. Denne tilnærmingsmåten har også blitt benyttet i en nyere lagmannsrettsdom som omhandler erverv av aksjer i et selskap som drev med salg av fritidsbåter.<sup>73</sup> Lagmannsretten kom til at det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet. Aksjeervervet var ikke betinget, og var sånn sett ikke tilstrekkelig bundet til arbeidsforholdet.

Oppsummert er det en forutsetning for omklassifisering at det foreligger en tilknytning mellom arbeidsforholdet og aksjegevinsten. Denne tilknytningen må etter en helhetsvurdering være tilstrekkelig kvalifisert til at det er naturlig å anse aksjegevinsten som tilknyttet arbeidsforholdet.

## 3.4 Det mest naturlige beskatningsgrunnlaget

Spørsmålet blir da om det er mest naturlig å anse aksjegevinsten som tilknyttet arbeidsforholdet, eller som en selvstendig kapitalplassering i aksjer.<sup>74</sup> Etter foreliggende rettspraksis er det avgjørende om det i det konkrete tilfelle består en *”så nær sammenheng”* mellom arbeidsforholdet og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som vunnet ved arbeid, jf. *Hagerup*-dommen.

Utgangspunktet for vurderingen er at kapitalgevinster ikke er vunnet ved arbeid, selv om det foreligger en sammenheng. En slik sammenheng mellom arbeidstakerens arbeidsinnsats og hvilken verdi selskapets aksjer har vil normalt foreligge. De ansatte tilbys å kjøpe aksjer i arbeidsgiverselskapet nettopp fordi man har en viss mulighet til å påvirke aksjeverdien gjennom sitt arbeid - man er en *”nøkkelperson”*. Gevinst ved innehav av aksjer i arbeidsgiverselskapet skal derfor ikke i seg selv beskattes som arbeidsinntekt.

Imidlertid følger det av *Pre Finans*-dommen at der det foreligger særfordeler for arbeidstaker ved erverv og salg av aksjene, skal dette skattlegges som arbeidsinntekt.<sup>75</sup> Vurderingstemaet er etter dette om den ansatte i forbindelse med aksjeervervet får særfordeler på grunn av arbeidsforholdet. Heller ikke naturlighetstesten kan derfor ses isolert. Den må vurderes i sammenheng med avvikskravet.

---

<sup>72</sup> Slik også Kvamme(2005), s. 306

<sup>73</sup> LB-2011-163392, s. 9-10.

<sup>74</sup> Krohnstad(2006), s. 71.

<sup>75</sup> *Pre Finans*-dommen, s. 1748.

### 3.5 Avvik fra markedsvilkårene

Det avgjørende for mindretallet i Kruse Smith-dommen var at omstendighetene rundt arbeidstakernes aksjeinnehav avvek fra en *”normal aksjonærposisjon”*. I Pre Finans-dommen var det avgjørende at det forelå et markert avvik fra de markedsmessige vilkår:

*”Som en samlet konklusjon på denne gjennomgåelsen av avtaleverket omkring partner-  
nes aksjeinnehav, må det kunne fastslås at så vel fraværet av risiko ved kjøpet som avta-  
lens salgsvilkår, representerer **et markert avvik fra de markedsmessige vilkår.**”*<sup>76</sup>(Min  
uthevnning)

Det kan spørres om også mindretallet i *Kruse Smith* anvendte en rettsregel om ”markert avvik”. Etter en naturlig språklig forståelse er dette kravet strengere; avviket må være ”markert”. Dette kan ha sammenheng med at omstendighetene i Pre Finans - med eliminert tapsrisiko og ubegrensede gevinstmuligheter - var noe klarere.

Dersom man anvender rettsregelen om ”markert avvik fra markedsmessige vilkår” på saksforholdet i Kruse Smith-dommen, taler mye for at også en betinget underpris på 133,- utgjør et markert avvik fra markedets vilkår. Dette tilsvarte 93% av aksjenes verdi. Imidlertid kan det spørres om det bare er tale om nyanseforskjeller, og ikke egentlig innebærer noen reell distinksjon. Når det avgjørende for mindretallet i Kruse Smith-dommen var om det forelå økonomiske vilkår ved ervervet som *”i vesentlig grad begunstiger arbeidstakeren”* kan mye tale for dette.<sup>77</sup>

Det er nok slik Gjems Onstad hevder at Høyesterett i Kruse Smith uansett kunne ha tatt mer hensyn til at det rent praktisk ikke forelå noen tapsrisiko.<sup>78</sup> Det må imidlertid holdes fast ved at det her er tale om en helhetsvurdering, og grensen må derfor trekkes et sted. I Pre Finans legges dette til grunn når førstvoterende slår fast at jo mer vilkårene avviker fra markedets vilkår, og jo mer verdien av disse aksjene var styrt av avtaler uavhengig av markedsprisen, jo sterkere må aksjene anses å være knyttet til ansettelsesforholdet.<sup>79</sup> Mye taler for at det avgjørende er om aksjonærforholdet som helhet avviker markert fra markedets vilkår.

Etter dette taler mye for at det som kreves for omklassifisering de lege lata, er at arbeidstakers vilkår for erverk, innehav og realisasjon av aksjene som helhet avviker fra markedsvilkårene.

---

<sup>76</sup> Pre Finans-dommen, s. 1749.

<sup>77</sup> Kruse Smith-dommen, s. 770.

<sup>78</sup> Gjems Onstad(2012), s. 251.

<sup>79</sup> Pre Finans-dommen, s. 1747.

Om det foreligger et slikt markert avvik, beror etter rettspraksis på en helhetsvurdering av de konkrete forhold i saken.

Ved en analyse av den omtalte rettspraksis kan det utledes enkelte momenter som er relevante ved denne helhetsvurderingen. Mindretallet i *Kruse Smith* angir disse uttrykkelig. Av ordlyden ”*sentralt i denne sammenheng*”<sup>80</sup> kan det imidlertid sluttet at disse ikke er uttømmende. Spørsmålet er om anskaffelses-, besittelses- eller avhendelsesvilkårene ”*inneholder elementer som fratar forholdet karakter av å være en normal aksjonærposisjon*”.

### 3.5.1 Anskaffelsesvilkårene

Ved anskaffelsen av aksjene er det særlig finansieringen av aksjene og prisvilkårene som er interessant. Spørsmålet er om de økonomiske vilkår ved anskaffelsen ”*i vesentlig grad be- gunstiger*” arbeidstakeren med hensyn til betaling, sett i forhold til en normal aksjonærposisjon.<sup>81</sup>

Det er vanlig at arbeidsgiver som ledd i incentivordning tilbyr finansiering, og/eller at aksjene overtas til en vesentlig underpris, jf. asl. §8-10.<sup>82</sup> Dette kan gjøres i form av gunstig lån direkte fra arbeidsgiverselskapet eller ved gunstige banklån med arbeidsgivers garanti. Tanken er at man, foranlediget av arbeidsforholdet, oppnår bedre lånevilkår enn man ville fått på egenhånd. Den rentefordel arbeidstakerne da oppnår er skattepliktig som arbeidsinntekt, jf. sktl. §5-12 fjerde ledd.

I Pre Finans-dommen fikk de ansatte mulighet til å låne penger på svært gunstige vilkår og dette innebar full lånefinansiering uten krav til økonomisk egeninnsats. Høyesterett anså det som mulig at en slik regulering av anskaffelsesvilkårene alene kunne være tilstrekkelig til å frata aksjeinnehavet sin normale karakter.<sup>83</sup> Slik jeg forstår dette er vel tanken at der finansieringen gjør aksjeerhvervet risikofritt, innebærer dette at vilkårene avviker så mye fra de markedsmessige at det er tilstrekkelig knyttet til arbeidsforholdet.

### 3.5.2 Aksjebesittelsen

Som nevnt kan også omstendighetene rundt aksjebesittelsen ha betydning ved spørsmål om det foreligger avvik fra de markedsmessige vilkår. Mindretallet i *Kruse Smith*-dommen må i alle fall kunne sies å åpne for dette, jf. ordlyden ”*vilkårene for erverv, besittelse eller*

---

<sup>80</sup> Kruse Smith-dommen, s. 770.

<sup>81</sup> Kruse Smith-dommen s. 770.

<sup>82</sup> Zimmer(2014b), s. 586.

<sup>83</sup> Pre Finans-dommen, s. 1748.

salg”<sup>84</sup> (Min uthevning). Det virker imidlertid som om dette ikke anses relevant i Pre Finans-dommen der kun ”regulering av partnernes anskaffelses- og avhendelsesvilkår”<sup>85</sup> angis. Dette kan imidlertid skyldes at det ikke var holdepunkter for å drøfte dette i det konkrete saksforholdet. Slike holdepunkter virker det heller ikke å foreligge i Kruse Smith-dommen til tross for at det nevnes uttrykkelig av mindretallet. Flertallet er imidlertid noe inne på dette.

Førstvoterende, som representerte flertallet, trakk frem at de aksjer som ble tegnet var mer verdt enn det innbetalte beløp, og at arbeidstakerne dermed oppnådde en vederlagsfri kredittfordel ved at de kunne utøve fulle aksjonærrettigheter i større grad enn deres innskudd skulle tilsi. Dette var etter hans mening den eneste fordel arbeidstakerne fikk ved aksjeervervet, og var heller ikke til vurdering for Høyesterett. De ansatte fikk rett til å delta på generalforsamlinger, rett på utbytte og en av dem ble innvalgt i styret, selv om de ikke hadde betalt full pris for aksjene på disse tidspunktene. At man på denne måten får større rettigheter enn den investerte kapital isolert sett skulle tilsi, er også tilfellet ved carried interest i Private Equity-fond.

Ved slike incentivordninger er aksjeinnehavet normalt betinget av at aksjonæren fremdeles er ansatt i arbeidsgiverselskapet. Før avslutning av arbeidsforholdet er aksjene normalt svært begrenset omsettelige, slik tilfellet var i både Pre Finans- og Kruse Smith-dommene. I sistnevnte dom slår imidlertid førstvoterende fast at slike begrensninger ikke er uvanlig, og derfor ikke kan være tilstrekkelig grunn til å omklassifisere i seg selv.<sup>86</sup> Mye taler for at slike elementer ved aksjebesittelsen kan ha større betydning under andre forhold enn det som var tilfellet i disse dommene. Men mindretallet i Kruse Smith-dommen, og for så vidt også flertallets konkrete vurdering av saksforholdet, taler for at dette kan ha betydning i andre tilfeller.

### 3.5.3 Avhendelsesvilkår

Det mest tungtveiende moment vil normalt være omstendighetene som foreligger rundt realisasjon av aksjene, ettersom det er på dette tidspunktet eventuell aksjegevinst innvinnes. Sentralt er hvilken risiko for tap og hvilken mulighet for gevinst aksjonærene har. I Kruse Smith-dommen mente flertallet at de ansatte utsatte seg for en lik risiko som de øvrige aksjonærer når det gjaldt adgangen til å delta i selskapets fremtidige utvikling.<sup>87</sup> Avgjørende for mindretallet var at tapsrisikoen var ubetydelig sett i forhold til gevinstmulighetene.<sup>88</sup> Det typiske forholdet som leder til omklassifisering, har en begrenset tilnærmet eliminert tapsrisiko sett i

---

<sup>84</sup> Kruse Smith-dommen, s. 770.

<sup>85</sup> Pre Finans-dommen, s. 1748.

<sup>86</sup> Kruse Smith-dommen, s. 768.

<sup>87</sup> Kruse Smith-dommen, s. 767.

<sup>88</sup> Kruse Smith-dommen, s. 771.

forhold til en normal aksjonærposisjon, men gevinstmuligheter tilsvarende en alminnelig aksjonærposisjon, jf. Pre Finans-dommen.

### 3.5.3.1 Tapsrisiko

Et erverv av aksjer innebærer normalt er at man påtar seg en reell risiko for økonomisk tap ved kursfall, tilsvarende som for øvrige aksjonærer.<sup>89</sup> Kruse Smith- og Pre Finans-dommene kan tjene som eksempler på at arbeidsgiver ved særskilt avtaleregulering for realisasjon av aksjene har eliminert eller sterkt innskrenket tapsrisikoen. At den ansattes risiko ved aksjeinnehavet på denne måten er bitt gjort mindre enn markedsrisikoen, kan anses som en fordel foranlediget av arbeidsforholdet. Dersom dette er tilfellet vil både utbytte til aksjonæren og eventuell senere gevinst ved realisasjon kunne beskattes som arbeidsinntekt.

I Kruse Smith-dommen måtte arbeidstakerne betale 10,- per aksje. Det var denne summen de risikerte å tape. Dersom aksjene hadde sunket med mer enn dette ville deres investering gå tapt. Dette må ses i sammenheng med de betingelser som gjaldt for salg av aksjene: Ved innløsning av aksjene skulle det gjøres et fradrag i gevinsten tilsvarende underprisen ved ervervet. Hensikten var at arbeidstakerne kun skulle få ta del i den fremtidige verdiutvikling i selskapet. Den underpris de fikk ved ervervet måtte dermed trekkes ut fordi den knyttet seg til den verdi som allerede var skapt i selskapet. Førstvoterende fant det dessuten bevist at det ikke forelå noen tilbakebetalingsplikt av mulig differanse dersom aksjene hadde sunket i verdi, slik arbeidstakerne påstod.<sup>90</sup>

I Lignings-ABC er dommen omtalt slik: *”Verdistigningen ble ikke ansett som lønn selv om risikoen i forbindelse med aksjekjøpet var sterkt begrenset gjennom arbeidsgivers finansiering og garanti.”*<sup>91</sup> Gjems Onstad stiller spørsmål ved flertallets konklusjon når man kom til at arbeidstakerne utsatte seg for den samme risiko som aksjonærer flest.<sup>92</sup> Det var jo på det rene at deres risiko var sterkt begrenset. Han trekker frem at Høyesterett i andre saker har gått langt i å klassifisere et saksforhold ut fra de økonomiske realiteter, ikke formelle betegnelser.

Det avgjørende for flertallet virker å være at hensikten med en slik incentivordning er å la de ansatte ta del i selskapets fremtidige verdiutvikling. Aksjeverdien ved overdragelsen tilsvarer imidlertid selskapets fortidige verdiutvikling, og sett i forhold til dette kunne han ikke se at de utsatte seg for noen mindre risiko enn andre aksjonærer når det gjaldt adgangen til å delta i selskapets fremtidige verdiutvikling.

---

<sup>89</sup> Zimmer(2014b), s. 591.

<sup>90</sup> Kruse Smith-dommen, s. 767.

<sup>91</sup> Lignings-ABC(2014/15), s. 1589.

<sup>92</sup> Gjems Onstad(2012), s. 251.



Mindretallet fremhevet at arbeidstakerne ved opphør av arbeidsforholdet hadde plikt til å selge aksjene tilbake til arbeidsgiverselskapet. Underprisen var betinget; differansen mellom den matematiske verdi på ervervstidspunktet og kjøpesummen skulle trekkes fra ved salget. Både flertall og mindretall mente at dette skulle ses på som en rentefri kreditt, som var skattepliktig for arbeidstaker, men dette var ikke til behandling for Høyesterett. Også i Pre Finans-dommen var salget av aksjene utførlig regulert, slik at arbeidstakerne ikke kunne tape på aksjene. Det var dermed uklart hvilken økonomisk belastning som egentlig kunne sies å hvile på partnerne. Risikoen fremstod for førstvoterende som *”nokså teoretisk”*.<sup>93</sup>

### 3.5.3.2 *Gevinstmulighet*

Når det kommer til arbeidstakernes mulighet for gevinst, taler mye for at denne kan sies å være subsidær så lenge tapsrisikoen er tilnærmet eliminert. I Kruse Smith- og Pre Finans-dommene var gevinstmuligheten tilsvarende som for en normal aksjonærposisjon, men sett i lys av den minimale risiko de overtok ved ervervet tilsvarte dette totalt sett et markert avvik fra de markedsmessige vilkår.

For mindretallet i Kruse Smith-dommen var det avgjørende at arbeidstakerne hadde alminnelige muligheter for gevinst, mens tapsrisikoen var begrenset til en ubetydelig del av aksjenes verdi på ervervstidspunktet. I Pre Finans-dommen var det avgjørende at betingelsene for erverv av aksjene sammenholdt med de fremtidige salgsbetingelsene trakk forholdet bort fra et markedsmessig kjøp og salg.

Sett i forhold til gevinstmulighetene var tapsrisikoen i begge sakene ubetydelig. Dette er det avgjørende; de ansatte får mulighet for en høyere avkastning enn deres investerte kapital skulle tilsi. Den merverdi de får, foranlediget av arbeidsforholdet, skyldes dermed deres arbeidsinnsats, ikke eventuell investert kapital.

## 3.6 **Praktisk fremgangsmåte: Kruse Smith-modellen?**

I Hugo Matres artikkel om finansiering av ansatteaksjer skisseres ”Kruse Smith-modellen” som en incentivordning der selskapet emitterer aksjer til nøkkelpersonell til en betinget underkurs.<sup>94</sup> Denne underkursen overføres imidlertid ikke til de ansatte med endelig virkning, ettersom den blir avregnet ved senere realisasjon av aksjene. Virkningen er at de ansatte tar del i selskapets verdistigning uten at deres likviditet blir overbelastet og uten at de eksponeres for den alminnelige risiko ved aksjeinnehav. Artikkelen tok imidlertid sikte på å behandle de

---

<sup>93</sup> Pre Finans-dommen, s. 1749.

<sup>94</sup> Matre(2001), s. 130-131.

selskapsrettslige problemstillinger i relasjon til dette. Den belyser likevel en modell det ble debatt om også i relasjon til de skatterettslige problemstillinger.

Kruse Smith var som nevnt et utpreget grensetilfelle.<sup>95</sup> Kruse Smith-modellen forutsetter at flertallets votum gir uttrykk for gjeldende rett. Som vist er det imidlertid mindretallets tilnærming som har blitt ansett som retningsgivende for senere rettspraksis, og flertallets standpunkt har derfor innskrenket betydning i praksis. Den aksept av domsresultatet som har forekommet i senere ligningspraksis kan tyde på dette.<sup>96</sup> I etterkant av dommen ble det hevdet at man går klar av omklassifisering så lenge man avtaler at underprisen skal være betinget, og derfor ikke skal komme den ansatte til gode ved realisasjon av aksjen.<sup>97</sup> Men det ble også advart mot en slik konstruksjon.<sup>98</sup>

Tanken bak modellen er at de ansatte faktisk overtar aksjene og får fulle aksjonærrettigheter ved tegningen. Siden den underkurs de tegner aksjene til trekkes fra ved realisasjon, er denne aldri blitt realisert og *”kan derfor ikke være gjenstand for beskatning.”*<sup>99</sup> Det faktum at de ansatte får fulle aksjonærrettigheter taler dessuten for at fordelene ikke kan beskattes som aksjeopsjon.

Bindende forhåndsuttalelse(BFU) nr. 2, 2002 gjaldt en incentivordning der aksjene ble overdratt til den ansatte for pålydende, kr. 100 000,- som var egenfinansiert. Selger skulle imidlertid ha den økonomiske risiko for at aksjenes markedsverdi var minst 20 millioner; overdragelsen representerte en underpris på 19,9 millioner. Kjøperen fikk likevel utøve fulle aksjonærrettigheter etter ervervet. Dersom aksjene sank i verdi skulle tapet fordeles i henhold til de forholdsmessige investeringer. Kjøpers beskjedne innskudd medførte derfor at tapsrisikoen var svært lav, sett i forhold til arbeidsgivers. Ved gevinst tilfalt denne i sin helhet kjøperen, men med fradrag av underprisen; denne var dermed betinget.

De faktiske forhold som lå til grunn for forhåndsuttalelsen har dermed stor likhet med Kruse Smith-saken. Med henvisning til dommen der, la Skattedirektoratet til grunn at eventuell gevinst ved senere realisasjon til markedsverdi skulle anses som aksjegevinst. Underprisen ved ervervet var ikke ansett som innvunnet hos kjøperen, imidlertid var kredittfordelen ved at man fikk utøve fulle aksjonærrettigheter til sterkt redusert pris, skattepliktig som fordel vunnet ved arbeid, jf. sktl. §5-12. Også saksforholdet i BFU nr. 16, 2002 ble angitt å være *”etablert etter*

---

<sup>95</sup> Zimmer(2014a), s. 379.

<sup>96</sup> Zimmer(2014a), s. 53.

<sup>97</sup> Dagens Næringsliv Morgen, 26.05.2000 s. 12.

<sup>98</sup> Dagens Næringsliv Morgen 13.06.2000 s. 20 og Dagens Næringsliv Morgen 19.06.2000 s. 3

<sup>99</sup> Kruse Smith-dommen, s. 768.

*mønster av Kruse Smith-saken.*” Skattedirektoratet konkluderte også der med at aksjegevinst ved senere realisasjon kun ville blitt beskattet som kapitalgevinst.

Etter dette ser det ut til at ligningsmyndighetene har godtatt en løsning lagt opp etter Kruse Smith-modellen. Denne medfører at eventuell realisasjonsgevinst kun blir beskattet som kapitalgevinst. En slik modell vil imidlertid være følsom for variasjoner. Hver incentivordning er ulik og normalt tilpasset den ansattes formuesstilling og betydning for arbeidsgiverselskapet. Man kan derfor ikke forutse Høyesteretts syn på lignende konstruksjoner. Ligningspraksis har i nyere tid blitt tillagt stor vekt av Høyesterett, men man vil likevel neppe føle seg bundet av dette.<sup>100</sup> At man har to publiserte bindende forhåndsuttalelser kan tale for at foreliggende ligningspraksis har både tilstrekkelig frekvens og konsistens til at det vil ha en viss vekt.<sup>101</sup>

### 3.6.1 Beskatning som aksjeopsjon

Etter Kruse Smith-dommen ble det i juridisk teori hevdet at det var mer nærliggende å beskatte den fordel de ansatte fikk ved aksjeerhvervet som aksjeopsjon i arbeidsforhold. En slik kjøpsopsjon har verdi for arbeidstaker allerede ved utstedelsen. Dette innebærer at den i utgangspunktet er skattepliktig som kapitalinntekt etter sktl. §5-20 første ledd bokstav d, jf. bokstav c. Der en kjøpsopsjon er gitt ”i arbeidsforhold” anses det imidlertid ikke å være innvunnet noen fordel før ved utøvelsen av denne, jf. sktl. §5-14 tredje ledd.<sup>102</sup>

Flertallet behandlet dette innledningsvis i sitt votum.<sup>103</sup> Det ble lagt til grunn at de ansattes aksjetegning var reell og at de fra ervervet fikk utøve en normal aksjonærposisjon. Når det forelå et reelt erverv av aksjer, kunne ikke gevinsten beskattes etter reglene om opsjoner i arbeidsforhold, jf. sktl. §5-14 tredje ledd. Zimmer hevder imidlertid at det økonomiske poenget med opplegget i Kruse Smith-saken var nært det som er hensikten med aksjeopsjoner i arbeidsforhold.<sup>104</sup> De ansatte fikk muligheten til å ta del i verdiutviklingen i selskapet, samtidig som de var beskyttet mot ytterligere tap. Han fremholder at når den risiko som ble tatt av de ansatte var veldig lav, så ligner kapitalinnskuddet mer på en opsjonspremie enn et vederlag for aksjer.

Høyesterett har i andre skattesaker gått langt i å klassifisere et saksforhold i forhold til skatte-reglene ut fra økonomiske realiteter og ikke formelle betegnelser.<sup>105</sup> Gjems Onstads stand-

---

<sup>100</sup> Zimmer(2014a), s. 54, eksempelvis Rt 2001 s. 1444.

<sup>101</sup> Zimmer(2014a), s. 55.

<sup>102</sup> Hauge(2015), note 313.

<sup>103</sup> Kruse Smith-dommen, s. 765.

<sup>104</sup> Zimmer(2001), s. 281.

<sup>105</sup> Gjems Onstad(2012), s. 251.

punkt har derfor gode grunner for seg når han hevder at opplegget fra en reell økonomisk betraktning burde sees slik at de ansatte ervervet en opsjon. Mye taler for at gevinsten burde ha blitt skattlagt som aksjeopsjon i arbeidsforhold etter sktl. §5-14 tredje ledd.<sup>106</sup> Hvis man i arbeidsforhold kunne sluppet skattlegging av erverv som aksjeopsjon bare ved å gi de ansatte fulle aksjonærrettigheter fra første stund, kan det være vanskelig å se hvorfor noen skulle ønske å benytte seg av aksjeopsjoner.

### 3.7 Oppsummering

Etter dette er utgangspunktet at gevinst ved realisasjon av aksjer skal beskattes som kapitalgevinst, jf. sktl. §5-1 andre ledd. Etter en helhetsvurdering kan det imidlertid bli aktuelt å beskatte denne som arbeidsinntekt der de ansatte i tilknytning til arbeidsforholdet mottar særfordeler ved erverv, under besittelsen eller ved realisasjon av aksjene. Det avgjørende er om aksjonærforholdet som helhet avviker markert fra de markedsmessige vilkår, jf. Pre Finansdommen.

Det er etter Pre Finansdommen usikkert hvilken rekkevidde som kan tillegges Kruse Smithdommen. Ligningsmyndighetene har imidlertid ved enkelte BFU'er godtatt en konstruksjon lagt opp etter "Kruse Smith-modellen", der flertallets løsning i saken legges til grunn. Spørsmålet blir da om Høyesterett, i lys av etterfølgende rettspraksis vil godta en lignende løsning. Det som er klart, er at Høyesterett neppe ville føle seg bundet av BFU-ene. Dersom et tilnærmet likt tilfelle ville kommet opp for behandling, er det vel likevel usannsynlig at Høyesterett ville fraveket Kruse Smithdommen uttrykkelig.<sup>107</sup> En mulig tilnærminingsmåte for å nedtone Kruse Smith-dommens betydning er å "distinguish the case", hvilket innebærer at man fremhever de forskjellene som er i saksforholdet for å begrunnet et annet resultat.<sup>108</sup>

Rent praktisk har det imidlertid formodningen mot seg at en slik sak vil havne i rettssystemet i overskuelig fremtid når ligningsmyndighetene virker å godta en slik løsning. Likevel kan man tenke seg at ligningsmyndighetene på et tidspunkt ikke lenger føler seg komfortabel med å legge Kruse Smithdommen til grunn, og dermed "angripe" en sak som er litt annerledes.

---

<sup>106</sup> Gevinstfordelingsregelen i forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteleven av 26. mars 1999 nr. 14(FSFIN) §5-14-12 kommer da til anvendelse.

<sup>107</sup> Eckhoff(2001), s. 175-176.

<sup>108</sup> Eckhoff(2001), s. 165-166.

## **4 Beskatning av aksjegevinst ved earn-out**

### **4.1 Innledning**

#### **4.1.1 Historisk tilbakeblikk**

Hvorvidt aksjegevinster kan omklassifiseres til arbeidsinntekt ved earn-out-avtaler har lenge vært en problemstilling i norsk skatterett. Dog med varierende betydning sett i forhold til nøytraliteten i beskatningen. Zimmer mener førstvoterende Matningsdal i Gaard-dommen overdriver noe når han hevder at dette har vært et tema i norsk skatterett siden tidlig i forrige århundre.<sup>109</sup>

Det foreligger imidlertid en dom i Rt. 1927 s. 819, den såkalte Disponent-dommen, der selskapets disponent ved salg av fabrikken skulle godtgjøres kr 65.000 ekstra for sine aksjer. Høyesterett fant at det var å anse som gratiale tilknyttet hans tidligere arbeidsinnsats, og ble derfor beskattet som arbeidsinntekt. Dersom gratialet hadde blitt ansett som aksjevederlag ville disponentens aksjer være av høyere verdi enn de øvrige, slik at det forelå en særfordel tilknyttet arbeidsforholdet. Denne dommen må dermed kunne sies å langt på vei bekrefte Matningsdals synspunkt

#### **4.1.2 Utgangspunkt og vurderingstema**

Ved selskapsoverdragelse, kombinert med en earn-out-klausul, er spørsmålet om deler av aksjevederlaget skal omklassifiseres til arbeidsinntekt. Spørsmålet er om aksjevederlaget reflekterer den verdi det har for kjøper at selger yter en fremtidig arbeidsinnsats i selskapet og avstår fra konkurrerende virksomhet, eller verdien av aksjene som sådan.<sup>110</sup> Om det er anledning til å omklassifisere deler av aksjevederlaget beror etter rettspraksis på en konkret vurdering av de faktiske forhold.<sup>111</sup> Utgangspunktet må tas i salgsavtalen.

Det må påvises en sammenheng mellom selgers fremtidige forpliktelser og aksjevederlaget.<sup>112</sup> Når en slik sammenheng foreligger får selgeren en særfordel grunnet etterfølgende arbeidsforhold. Det vil da være mest naturlig å anse denne del av vederlaget som arbeidsinntekt, fordi tidligere eier får en særfordel ved salg av sine aksjer grunnet videre arbeidsforhold.<sup>113</sup>

Grunnvilkåret for omklassifisering er, som nevnt innledningsvis, om det foreligger en slik tilknytning mellom deler av aksjevederlaget og selgers fremtidige innsats i virksomheten at

---

<sup>109</sup> Zimmer(2009b), s. 322, slik også Gaard-dommen, avsnitt 85.

<sup>110</sup> Zimmer(2014b), s. 602.

<sup>111</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 40, slik også Gaard-dommen, avsnitt 58.

<sup>112</sup> Zimmer(2014b), s. 602.

<sup>113</sup> Hagerup-dommen, s. 585.

det i tråd med en riktig skatterettslig klassifisering må anses som arbeidsinntekt. Det nærmere innhold av dette vilkåret vil behandles i det følgende.

## 4.2 Grunnvilkår om tilknytning mellom aksjegevinst og arbeidsforhold

Tilknytningsvilkåret følger allerede direkte av ordlyden i sktl. §5-1, der det heter at fordel ”vunnet ved” arbeid anses som skattepliktig inntekt. Det kreves imidlertid noe mer enn rent faktisk årsakssammenheng.<sup>114</sup> Zimmer formulerer dette som et vilkår om at en del av aksjevederlaget må reflektere tidligere eiers arbeidsforhold etter overdragelsen.<sup>115</sup> Det nærmere innholdet er utviklet i de senere års rettspraksis.

I Alvda-dommen var spørsmålet om vederlag for det som ved overdragelsen var oppgitt som forretningsverdi, kunne omklassifiseres til fordel vunnet ved arbeid. Malermester Skogli solgte sitt enkeltpersonforetak<sup>116</sup> til Alvda Bygg AS (Alvda), for to millioner kroner, hvorav kr 1,6 millioner ble oppgitt som forretningsverdi. De materielle verdiene i selskapet bestod av et varelager beregnet til kr 150 000 og maskiner og utstyr beregnet til kr 250 000. Ved separat arbeidsavtale like etter salget ble Skogli ansatt i full stilling hos Alvda, og underlagt bindingstid og karensklausul. Hans arbeidstilværelse var i det vesentlige den samme som tidligere, og det ble avtalt en lønn på kr 360.000 årlig uten overtidsbetaling.

Ved ligningen ble kr 1,3 millioner ansett som forskuddsbetaling av lønn. Tingretten kom til at ligningen måtte oppheves, mens lagmannsretten mente den var gyldig. Høyesterett kom enstemmig til at ligningen var gyldig, slik at det var adgang til omklassifisering. Det avgjørende for Høyesterett var at det som ble betegnet som vederlag for forretningsverdi, var direkte foranlediget av at Skogli arbeidet videre under Alvda:

*”i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen fordel **foranlediget av selgers senere innsats for kjøper**, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid ... og beskattes som arbeidsinntekt.”*<sup>117</sup> (Min uthevning)

Tilknytningsvilkåret ble formulert som et spørsmål om deler av vederlaget for virksomheten var ”foranlediget” av Skoglis senere innsats i virksomheten, jf. også Pre Finans-dommen. Det

---

<sup>114</sup> Sagedahl(2010), s. 19.

<sup>115</sup> Zimmer(2014b), s. 602.

<sup>116</sup> Ettersom det her gjaldt overdragelse av et enkeltpersonforetak var det ikke direkte tale om earn-out. Dette skillet har imidlertid ikke blitt tillagt betydning i rettspraksis, jf. Gaard-dommen, avsnitt 52.

<sup>117</sup> Alvda-dommen, avsnitt 35.

avgjørende var en helhetsvurdering av alle relevante forhold, med utgangspunkt i avtalen mellom partene. Avgjørende er hva partene reelt sett har avtalt.<sup>118</sup>

I Gaard-dommen var spørsmålet om restvederlaget kunne omklassifiseres til arbeidsinntekt, når selgerne forpliktet seg til å fortsette sine ansettelsesforhold og ikke drive konkurrerende virksomhet. Eierne av Maritime Industry Services AS (MIS) Liseth, Gaard og Tveit inngikk en avtale med Hitec AS(Hitec) om salg av selskapet for kr 12 millioner. MIS hadde 47 ansatte pluss innleid personell og skilte seg fra Alvdal-saken på grunn av størrelsen.

I salgsavtalen var det fastsatt betaling i tre trinn. Det første på fem millioner mot overtakelse av 91% av aksjene i januar 1998, de to neste trinnene á 3,5 millioner i henholdsvis januar 2000 og 2001 mot overtakelse av de resterende 9%. Det første trinnet var todelt, slik at en del var avhengig av selskapets fremtidige inntjening. Utbetaling av de to siste trinnene var betinget av at selgerne fremdeles arbeidet i Hitec-konsernet og overholdt karensklausulene.

Ved ligningen ble hele restvederlaget ansett som arbeidsinntekt. I tingretten og lagmannsretten ble ligningen opphevet, mens Høyesterett enstemmig kom til at restvederlaget i sin helhet måtte regnes som arbeidsinntekt.

Førstvoterende tok utgangspunkt i sktl. §5-1 og det tilknytningskravet som følger av ordlyden. Videre viste han til Alvdal og kom til at de rettslige kriteriene som ble formulert her ville være de samme på tross av forskjellene i de faktiske forhold. Alvdal-dommen må derfor kunne sies å være styrende for tilknytningsvilkårets innhold også i earn-out-saker, og slik sett ha en viss prejudikatverdi.<sup>119</sup>

Trinn 1:	Januar 1998	91% av aksjene	2,2 millioner	} Kapitalgevinst
	Mars 1998		2,8 millioner	
Trinn 2:	Januar 2000	4,5% av aksjene	3,5 millioner	} Arbeidsinntekt
Trinn 3:	Januar 2001	4,5% av aksjene	3,5 millioner	

#### *Gaard-saken*

<sup>118</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 40, slik også Gaard-dommen, avsnitt 58.

<sup>119</sup> Gaard-dommen, avsnitt 52, slik også Gjems Onstad(2012), s. 1110. Eckhoff(2001), s. 160.

Mye taler for at det sentrale er at det er en forutsetning for kjøper at selger fortsetter sin innsats i virksomheten eller avstår fra konkurrerende virksomhet.<sup>120</sup> Det kan da oppstilles en presumpsjon om at kjøper har vært villig til å betale dette, og denne fordelene for selger er skattepliktig som arbeidsinntekt. Det kan da sies at selger er en ”nøkkelperson” i bedriften, og deler av vederlaget er tilknyttet den såkalte personavhengige forretningsverdi.

Ved uttalelse inntatt i Utv. 1999 s. 225FIN ga Finansdepartementet anvisning på tre omstendigheter som kan aktualisere spørsmålet om omklassifisering. Etter departementets mening kunne man anse en del av det formelle aksjevederlag som forskuddsbetalt arbeidsinntekt der disse omstendighetene forelå, alene eller i kombinasjon. I juridisk teori og rettspraksis har det i ettertid vært drøftet om man her mente å angi kumulative vilkår for omklassifisering. En alternativ tilnærming var at det bare var tale om momenter som kan være relevante ved en helhetsvurdering, eller typiske særtrekk ved situasjoner der omklassifisering kan være aktuelt.<sup>121</sup> Forutsatt at det kun var tale om relevante momenter, har spørsmålet vært om disse i så fall er uttømmende angitt.

Når det hevdes i uttalelsen at en kombinasjon av omstendigheter kan medføre omklassifisering, taler dette for at det er en ikke-uttømmende angivelse av relevante momenter.<sup>122</sup> Tidligere finansminister Sigbjørn Johnsen hevdet at omstendighetene ikke er ment som en uttømmende angivelse av aktuelle områder for omklassifisering.<sup>123</sup> Hvilken rettskildemessig vekt Finansdepartementets uttalelse har, behandles i Alvdal-dommen, men det ble ikke tatt stilling til den rekkevidden. Den kunne uansett ikke innsnevre omklassifiseringsadgangen som fulgte av loven og rettspraksis. En slik uttalelse har karakter av en administrativ uttalelse, som er underordnet både lov og Høyesterettspraksis.<sup>124</sup> Slike uttalelser tillegges derfor normalt liten vekt.

At uttalelsen ikke kan anses å angi uttømmende kumulative vilkår utelukker imidlertid ikke at de opplistede omstendighetene kan anses som relevante momenter ved grensedragningen.<sup>125</sup> I Alvdal-dommen vises det til dagjeldende Lignings-ABC der uttalelsen oppfattes å gi ”*typiske særtrekk for situasjoner der omklassifisering kan være aktuelt.*”<sup>126</sup> Dette kan tolkes slik at den forståelsen som legges til grunn i Lignings-ABC er den riktige, selv om det ikke sies direkte. I

---

<sup>120</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 49.

<sup>121</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 37, slik også Zimmer(2009b), s. 322.

<sup>122</sup> Utv. 1999 s. 225FIN.

<sup>123</sup> Johnsen(2009), slik også Zimmer(2014b), s. 606

<sup>124</sup> Eckhoff(2001), s. 234 flg.

<sup>125</sup> Zimmer(2014b), s. 606.

<sup>126</sup> Lignings-ABC(2001), s. 1060.



dagens Lignings-ABC er de samme omstendighetene listet opp som momenter ved helhetsvurderingen, jf. ordlyden "*har betydning*".<sup>127</sup> Det bør her trekkes frem at i dette konkrete tilfellet talte uttalelsen til gunst for skattyter, og det er da mer betenkelig at denne da ikke legges til grunn.<sup>128</sup>

Etter dette taler mye for at de opplistede omstendighetene i tråd med rettspraksis og juridisk teori kan anses som ikke-uttømmende momenter som kan ha betydning ved helhetsvurderingen.<sup>129</sup> Rettspraksis viser også at disse momentene har blitt ansett som relevante. I tråd med rettspraksis kan det dessuten oppstilles en rekke andre momenter som kan være relevante i en slik vurdering.

#### 4.2.1 Forhold ved selve foretaket

Hvorvidt tidligere eiere utgjør nøkkelpersoner i virksomheten, må ses i lys av foretakets størrelse og karakter. Der det er mange ansatte trekker dette i retning av at det ikke er en forutsetning for kjøper at selger fortsetter arbeidet etter overdragelsen. Under slike forhold foreligger det derfor i utgangspunktet ikke grunnlag for omklassifisering. I Gaard-dommen ble dette imidlertid ikke tillagt særlig betydning.<sup>130</sup>

Om selgerne utgjør en forutsetning for virksomhetens fremtidige inntjening kan også bero på i hvilken bransje, og i hvilken utviklingsfase denne befinner seg i på overdragelsestidspunktet.<sup>131</sup> Spørsmålet er hvor viktig det er for virksomhetens fremtidige utvikling at tidligere eier fortsetter sitt engasjement. Er det tale om en produksjonsbedrift, kan man anta at eierens kompetanse ikke vil ha like stor verdi som om det var tale om en IT-bedrift, der bransjen er i kontinuerlig utvikling. Er man i en utpreget utviklingsfase vil dette være helt avgjørende. Derimot vil det ikke ha like stor betydning der bedriften er veletablert og fokuset for det meste ligger på videreutvikling og vedlikehold av eksisterende verdier.

Et annet relevant forhold kan være hvor stor andel av selskapet som overdras. I Alvdal- og Gaard-dommene ble hele selskapet overdratt. I First Securities-dommen ble imidlertid bare 51% av aksjene i virksomheten solgt. Hvorvidt dette kunne ha betydning ved helhetsvurderingen blir drøftet nærmere i forbindelse med dette. Det vil derfor ikke behandles nærmere her.

---

<sup>127</sup> Lignings-ABC(2014/15), s. 1589.

<sup>128</sup> Eckhoff(2001), s. 235.

<sup>129</sup> Slik også Vistnes-dommen i Utv. 2005 s. 277 og Friborg Hansen-dommen i Utv. 2005 s. 907.

<sup>130</sup> Gaard-dommen, avsnitt 52. Slik også Hauge(2015), note 283.

<sup>131</sup> Kvamme(2005), s. 313.

#### 4.2.2 Avtalens økonomiske vilkår

At det formelle aksjevederlag er høyere enn det foretakets verdier og inntjeningsevne kan forklare, er en omstendighet som kan ha betydning ved vurderingen av de faktiske forhold.<sup>132</sup> Skattlegging som aksjegevinst forutsetter at markedsverdien er fastsatt under forutsetning av at man tenker selger ut av virksomheten.<sup>133</sup> Dersom markedsverdien også reflekterer verdien av selgers videre innsats i virksomheten, vil det foreligge en personavhengig forretningsverdi. Denne skal beskattes som arbeidsinntekt, jf. sktl. §5-10.

Dersom man anser salg til markedsverdi som et relevant moment oppstår vanskelige bevismessige spørsmål i relasjon til selskapets markedsverdi.<sup>134</sup> Selgerne mente her at aksjevederlaget tilsvarte selskapets markedsverdi uavhengig av om selgerne fortsatte i selskapet. Ved verdivurderingen kom en revisor til at selskapet var verdt 22 millioner. Førstvoterende mente likevel at dette ikke kunne innebære at selskapet reelt sett hadde en slik markedsverdi. Det avgjørende virker å være at man før salget hadde vært i kontakt med flere interessenter. Når selskapet da ble solgt for 12 millioner kroner under den forutsetning at selgerne fortsatte, har det formodningen for seg at dette var selskapets markedsverdi.

Høyesterett kom imidlertid til at kun fem millioner, tilsvarende selskapets bokførte egenkapital, ble ansett som aksjevederlag. Mye taler for at det avgjørende for Høyesterett var at det forelå en forutsetning for kjøper om at selger(ne) fortsatte sin innsats i virksomhet etter overdragelsen. Partene hadde som et utslag av dette inngått visse forpliktende avtaler, og det må antas at selgerne mottok kompensasjon for ved overdragelsen.

Gjems Onstad hevder at en allokering av en så stor del av vederlaget til lønn kan synes unaturlig ut fra størrelsen på selskapet, dets inntjening og revisors verdsettelse av selskapet.<sup>135</sup> Å hevde at Høyesterett her var noe strenge, har gode grunner for seg. Faktum er likevel at skattyterne var bundet til å yte en fremtidig arbeidsinnsats for Hitec, og dette må da anses å være priset inn i aksjevederlaget.

At retten ikke endret ligningen når det gjaldt allokeringen, kan dessuten skyldes at ligningsmyndighetene vurdering må være *"vilkårlig eller sterkt urimelig"* for å rettferdiggjøre en slik

---

<sup>132</sup> Lignings-ABC(2014/15), s.1589.

<sup>133</sup> Zimmer(2014b), s. 604

<sup>134</sup> Illustrert av Gaard-dommens, avsnitt 70-71.

<sup>135</sup> Gjems Onstad(2012), s. 1109, slik også Zimmer(2010), s. 321.

endring.<sup>136</sup> I tråd med tidligere rettspraksis slo førstvoterende i Gaard-dommen fast at det ikke er aktuelt å sette skjønnnet til side dersom dette er *"vel overveid og godt begrunnet"*.<sup>137</sup>

Formålet bak et argument om at salgsvederlaget tilsvarer foretakets markedsverdi, basert på de verdiene som foreligger og fremtidig inntjeningssevne, må være at det ikke foreligger noe vederlag for personavhengig forretningsverdi. Zimmer virker imidlertid å være avvisende til at dette kan ha betydning, annet enn på det bevismessige plan.<sup>138</sup> Dette kan være nærliggende, når det eneste avgjørende, slik han ser det, er at det foreligger vederlag for personavhengig forretningsverdi.

#### 4.2.2.1 Personavhengig forretningsverdi

Med forretningsverdi menes *"differansen mellom anskaffelseskost ved kjøp av virksomhet og virkelig verdi av identifiserbare eiendeler og gjeld i virksomheten"*, jf. regnskapsloven.<sup>139</sup> § 5-7. Førstvoterende i Alvdal-dommen la til grunn at dette også var dekkende for den skatterettslige betydning. Videre spesifiserte han at forretningsverdi er det som *"overstiger verdien av identifiserbare materielle og immaterielle aktiva..."*.<sup>140</sup> I tråd med dette defineres forretningsverdien negativt, som en reststørrelse etter at verdien av de identifiserbare aktiva er trukket ut.

Alvdal-dommen gjaldt et enkeltpersonforetak der kun Skogli selv var ansatt. I slike tilfeller kan store deler av forretningsverdien bero umiddelbart på eieren og være personavhengig. Spørsmålet ble dermed hvordan denne delen av forretningsverdien skulle behandles skatterettslig. Avgjørende er om den har slik sammenheng med selgerens videre innsats i virksomheten at vederlag relatert til denne må anses som fordel vunnet ved arbeid.

På bakgrunn av Paulsen<sup>141</sup>- og Alst<sup>142</sup>-dommene konkluderte førstvoterende med at verdien det har for kjøper at tidligere eier arbeider videre etter overdragelsen, skal holdes utenfor den alminnelige forretningsverdi.<sup>143</sup> Forretningsverdien skal med andre ord fastsettes etter et arm-lengdeprinsipp, som om selgeren tenkes bort og som om partene var uavhengige. Den skattemessige forretningsverdi fremkommer etter at man har trukket ut den personavhengige. Ve-

---

<sup>136</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 57.

<sup>137</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 53, med henvisning til Rt 2005 s. 1461.

<sup>138</sup> Zimmer(2009b), s. 323.

<sup>139</sup> Lov 17. juni 1998 nr. 56.

<sup>140</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 28.

<sup>141</sup> Rt. 2000 s. 772.

<sup>142</sup> Rt. 2001 s. 640.

<sup>143</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 32.

derlag for såkalt varig forretningsverdi, som ikke forsvinner selv om tidligere eiere avslutter sitt engasjement, skal imidlertid beskattes som kapitalgevinst.<sup>144</sup>

Etter dette kom Høyesterett til at en del av aksjevederlaget var knyttet til den personavhengig forretningsverdi.<sup>145</sup> Det avgjørende for Høyesterett virker å være at det forelå vederlag for det man kalte personavhengig forretningsverdi. Der det er betalt for dette, er følgelig tilknytningsvilkåret oppfylt.

I salgsavtalen var det blant annet avtalt at Alvdal Bygg kunne bruke Skoglis firmanavn i markedsføringen, samt retten til å bruke kjedenavnet ”Mesterfarve”. Dette kunne de ikke benytte seg av dersom Skogli selv ikke arbeidet i virksomheten, jf. den beskyttelse som ligger i mestertittelen.<sup>146</sup> Retten til å handle gjennom innkjøpsordningen til Malermesternes Andelslag var også knyttet til ham personlig, og Høyesterett slo derfor fast at det partene mente utgjorde forretningsverdi bare i begrenset grad ville være i behold i virksomheten dersom Skogli ble tenkt ut av denne.

Det var dermed en direkte kobling mellom hans ansettelse og de verdier virksomheten representerte på kjøpers hånd. Disse var uløselig knyttet til Skogli personlig, og det var derfor klart at det var en forutsetning for Alvdal at Skogli tok ansettelse etter overdragelsen. Det partene i kjøpsavtalen mente ble dekket av vederlaget for forretningsverdi ville bare i begrenset utstrekning være i behold dersom Skogli ble tenkt ut av virksomheten.<sup>147</sup>

Varelager	150 000	} Kapitalgevinst
Maskiner og utstyr	250 000	
Goodwill/forretningsverdi	1 600 000	
Hvorav personavhengig	1 300 000	} Arbeidsinntekt

*Alvdal-saken*

#### 4.2.2.2 Fordeling av vederlag på flere selgere

I Gaard-dommen anførte de tidligere eierne at restvederlaget skulle fordeles etter deres forholdsmessige eierandel, og ikke den individuelle verdi av deres arbeidsinnsats.<sup>148</sup> Begrunnel-

<sup>144</sup> Utv. 1999 s. 225FIN.

<sup>145</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 52.

<sup>146</sup> Lov 20. juni 1986 nr. 35 §1 tredje ledd.

<sup>147</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 42.

<sup>148</sup> Gaard-dommen, avsnitt 69.

sen for dette er interessant fordi en fordeling i henhold til aksjonærforholdet taler for at aksjebesittelsen er styrende for fordelingen av vederlaget.<sup>149</sup> Førstvoterende erkjente at dette kunne ha en viss vekt, men at det uansett ikke var unaturlig når selgerne mottok markedslønn. Restvederlaget måtte da anses som godtgjørelse for karensklausulen.

Gaard og Liseth hadde omtrent fem ganger så mange aksjer som Tveit. Dette innebar dermed at Gaard og Liseth ble godtgjort i underkant av fem ganger så mye som ham, for en identisk karensklausul. Førstvoterende mente imidlertid at dette ikke var unaturlig når det var Gaard og Liseth som var gründerne av MIS. Hitec ønsket derfor å sikre seg mot at deres gründerevner ble nyttiggjort i annen virksomhet.<sup>150</sup> Zimmer antar imidlertid at det er mindre sannsynlig at verdidifferansen skulle korrespondere fullstendig med aksjeforholdet.<sup>151</sup> Det er vel også utenkelig at man etter avtalen skulle betale mer for Gaard og Liseths aksjer enn for Tveits, når man ønsket å få gevinsten klassifisert som kapitalgevinst, jf. Disponent-dommen.

Selv om en slik fordeling ikke ble tillagt særlig betydning i Gaard-dommen, må det likevel kunne antas at dette kan ha større betydning i andre saksforhold. Mye tilsier at dette er relevant der det innbyrdes aksjeforhold mellom selgerne er ujevnt, slik det var i Gaard-dommen, slik at tilknytning mellom vederlaget og aksjepostens størrelse kan påvises. Når selgerne da fikk restvederlag forholdsmessig beregnet i forhold til deres aksjeposter, taler dette for at gevinsten er tilknyttet aksjeinnehavet, ikke arbeidsinnsatsen.

Når betalingen ble foretatt i flere trinn, kan det imidlertid være at denne forskjellen er utjevnet gjennom de tidligere betalingsstrinn, og at vederlaget likevel er tilknyttet deres arbeidsplikt og karensklausul, slik førstvoterende la til grunn i Gaard-dommen.

Der det er flere aksjonærer kan det også være relevant å sammenligne disse. Eksempelvis kan det tale for omklassifisering der en aktiv aksjonær får betalt mer per aksje enn passive aksjonærer, slik tilfellet var i Disponent-dommen. Motsetningsvis kan det tale mot omklassifisering om slike aksjonærer får samme betaling.<sup>152</sup>

#### **4.2.2.3 Resultatklausuler**

Et eierskifte av virksomhet kombinert med earn-out-avtale, innebærer normalt at vederlaget er knyttet direkte til selskapets fremtidige inntjening og oppnåelsen av mål fastsatt i salgsavta-

---

<sup>149</sup> Zimmer(2010), s. 320.

<sup>150</sup> Gjems Onstad(2001) om alternativinntekt som gründer, s. 73.

<sup>151</sup> Zimmer(2010), s. 320.

<sup>152</sup> Zimmer(2014b), s. 604.

len.<sup>153</sup> Selskapets verdi er et resultat av den forventede fremtidige inntjening, slik at man ved å innta en slik i avtalen reduserer den økonomiske risikoen for selskapets verdi på kjøpers hånd.<sup>154</sup> I Gaard-dommen antydes det at det kan være relevant om det foreligger en resultat-klausul knyttet til salget.<sup>155</sup> Her skulle som nevnt betalingen i trinn en reduseres dersom egenkapital i selskapet ved utløpet av 1997 var lavere enn fem millioner. Dette taler for klassifisering som aksjegevinst, nettopp fordi risikoen her er knyttet til aksjenes verdiutvikling, ikke selgernes fremtidige arbeidsinnsats.

Selv om slike klausuler ikke er direkte tilknyttet de tidligere eierne personlig, kan de i realiteten likevel innebære en faktisk binding av selgers fremtidige arbeidsinnsats. Dette kan være tilfellet der selgernes fremtidige arbeidsinnsats faktisk er avgjørende for om det avtalefestede resultatet nås.<sup>156</sup> Problemstillingen er om det er knyttet tilstrekkelig risiko til muligheten for oppnåelse av de avtalefestede målene. Dette beror på en konkret vurdering av virksomhetens tidligere resultater, markedsutsikter og lignende av betydning for antatt fremtidig utvikling.<sup>157</sup>

En forutsetning for at slike klausuler kan tale mot omklassifisering er at de er reelle, og ikke en kamuflering av det som egentlig er et vederlag for selgers arbeidsinnsats. Der det i realiteten ikke er noen risiko for om målene nås, taler dette for at det reelt sett er tale om en kamuflering av arbeidsinntekt. Dette har gode grunner for seg; dersom vederlaget reduseres eller økes etter resultatene på et senere tidspunkt enn overdragelsen, antas dette å gjenspeile verdiene av virksomheten. En slik klausul medfører ikke tilknytning til den tidligere eiers arbeidsinnsats, og bør derfor beskattes som aksjegevinst.

Det ble tillagt betydning i Gaard-dommen at en slik klausul var knyttet til første trinn av betalingen, men ikke de to etterfølgende trinnene.<sup>158</sup> Dersom disse hadde utgjort aksjevederlag, hadde det ifølge førstvoterende vært naturlig at det hadde vært knyttet resultat-klausuler til disse også.<sup>159</sup> Om en slik forutsetning er å trekke argumentet for langt kan diskuteres. Det må kunne antas at en trinnvis betaling utgjør en helhetlig overførsel, og at ujevnheter i ulike betalingsstrinn totalt sett kan anses oppveiet av andre faktorer.

---

<sup>153</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/Earnout> (besøkt 09.03.15)

<sup>154</sup> Wangen(2002), s. 42. Gjems Onstad(2001), s. 65 advarer mot eventuelle interesser motsetninger mellom tidligere og ny eier som følge av slike klausuler.

<sup>155</sup> Gaard-dommen, avsnitt 64 og 72.

<sup>156</sup> Wangen(2002), s. 40.

<sup>157</sup> Wangen(2002), s. 42.

<sup>158</sup> Gaard-dommen, avsnitt 72.

<sup>159</sup> Gaard-dommen, avsnitt 64.

#### 4.2.3 Selgers arbeidsrettslige forpliktelser

For å sikre at selger overholder sine forpliktelser etter overdragelsen, pålegges ofte selger visse arbeidsrettslige forpliktelser. Etter norsk rett kan man ikke tvangsinndrive arbeidsytelser, men brudd på disse kan medføre økonomiske sanksjoner, jf. Alvda-dommen, der kjøper for Høyesterett uttalte at et slikt brudd kunne ses på som en bristende forutsetning for kjøpet.<sup>160</sup> Slike arbeidsrettslige forpliktelser kan gjenspeile kjøpers forutsetning om at selgeren fortsetter sin innsats i virksomheten. Det er da naturlig å henføre deler av aksjevederlaget til godtgjørelse for disse bindingene.

Slike bindinger kan være kamouflert og dermed ikke komme eksplisitt til uttrykk i avtalen, eksempelvis der arbeidsrettslige bindingene er kamouflert i en resultatklause.<sup>161</sup> Så lenge de faktiske forhold gjør det naturlig å henføre deler av vederlaget til arbeidsforholdet er dette uten betydning.<sup>162</sup> Krohnstad slutter motsetningsvis av dette og hevder at aksjegevinster ikke kan omklassifiseres dersom det ikke er inntatt slike bindinger i avtalen som forplikter selger til videre arbeidsinnsats.<sup>163</sup> Et slikt tilfelle har ikke kommet opp i rettspraksis, men slikt standpunkt kan neppe oppstilles uten forbehold. De tidligere eierne kan knyttes til virksomheten på andre måter, eksempelvis ved en karensklausul som i realiteten innebærer at tidligere eier ikke har noen mulighet til å ta nytt arbeid.<sup>164</sup>

##### 4.2.3.1 Bindingstid

Ved earn-out er det vanlig at tidligere eier(e) forplikter seg til å jobbe videre i en overgangsperiode, enten i selve salgsavtalen eller i separat arbeidsavtale. Perspektivet er da at deler av aksjevederlaget må antas å utgjøre godtgjørelse for bindingstiden, og dermed knytter seg til selgers videre engasjement. Godtgjørelsen kan da ha karakter av forskuddsbetaling av lønn eller sign-on-fee.<sup>165</sup> Slik godtgjørelse er skattepliktig som arbeidsinntekt etter sktl. §5-10, jf. §5-1. At tidligere eier på denne måten er bundet til virksomheten i en periode, er en relevant omstendighet ved helhetsvurderingen. Dette følger av Finansdepartementets uttalelse der det angis som relevant at *”de gamle eiere binder seg til en lengre arbeidsperiode i bedriften...”*.<sup>166</sup>

---

<sup>160</sup> Alvda-dommen, avsnitt 49. Slik også Wangen(2002), s. 42.

<sup>161</sup> Lignings-ABC(2014/15), s. 1589.

<sup>162</sup> Zimmer(2014b), s. 603.

<sup>163</sup> Krohnstad(2006), s. 76.

<sup>164</sup> Zimmer virker å legge dette til grunn i Zimmer(2014b), s. 603.

<sup>165</sup> Gaard-dommen, avsnitt 49.

<sup>166</sup> Utv. 1999 s. 225. Slik også Lignings-ABC 2014/15, s. 1589

En avtale om bindingstid er som utgangspunktet ikke arbeidsrettslig bindende, fordi en arbeidstaker ikke kan fraskrive seg retten til oppsigelse, jf. aml. §1-9. En bindingsklausul kan derfor i seg selv ikke innebære en sikring av selskapsverdiene på selgers hånd. Et eventuelt brudd på en slik klausul kan imidlertid anses som et mislighold av salgssavtalen, men Finansdepartementet har uttalt at det bør legges liten vekt på slike arbeidsrettslige argumenter, og at det tillitsforholdet mellom partene og eventuelle økonomiske sanksjoner ved brudd kan utgjøre en reell binding.<sup>167</sup>

I Alvdaal-dommen var det uklart om Skogli faktisk hadde bundet seg til å arbeide for Alvdaal Bygg frem til pensjonsalder, men dette var ikke relevant. Salgssavtalen måtte ses i sammenheng med den etterfølgende arbeidsavtalen og det avgjørende var at det forelå en klar forutsetning om at Skogli skulle jobbe videre i virksomheten.<sup>168</sup> Denne forutsetningen ble beskyttet ved bindingstiden.

I Gaard-dommen ble salgssavtalen forstått slik at Hitec hadde lagt stor vekt på at de tidligere eierne skulle fortsette arbeidsforholdet. Denne forutsetningen var beskyttet ved at betaling i trinn to og tre var betinget av ansettelse på forfallstidspunktet. Betalingen av restvederlaget var dermed suspensivt betinget av bindingstiden; dersom arbeidsforholdet ikke ble opprettholdt, var ikke Hitec forpliktet til å betale restvederlaget.<sup>169</sup> I juridisk teori har det blitt hevdet at Høyesteretts resonnement var enkelt: Det var inngått arbeidsavtale med bindingstid, og deler av kjøpesummen utgjorde derfor betaling for dette.<sup>170</sup> Om Gaard-dommens generelle rekkevidde slår Gjems Onstad fast at det kan oppstilles en presumsjon om at slike bindingsklausuler normalt vil medføre beskatning aksjevederlaget som arbeidsinntekt.

#### 4.2.3.2 *Karensklausul*

En bindingsklausul kombineres ofte med en karensklausul som innebærer at tidligere eier forplikter seg til ikke å delta i, eller etablere konkurrerende virksomhet i en viss periode etter avtaleinngåelsen, normalt opp mot fem år.<sup>171</sup> En slik klausul kan innebære at tidligere eier grunnet forholdene i bransjen, eller sin alder blir forhindret fra å ta annet lønnet arbeid.<sup>172</sup> Etter Lignings-ABC 2014/15 er det en relevant omstendighet om de tidligere eiere forplikter seg til ikke å starte en konkurrerende virksomhet i en viss periode.<sup>173</sup> Perspektivet er at godt-

---

<sup>167</sup> Utv. 1999 s. 225.

<sup>168</sup> Alvdaal-dommen, avsnitt 49.

<sup>169</sup> Gaard-dommen, avsnitt 7.

<sup>170</sup> Gjems Onstad(2012), s. 1109.

<sup>171</sup> Lignings-ABC(2014/15), s. 1589.

<sup>172</sup> Zimmer(2014b), s. 603.

<sup>173</sup> Lignings-ABC(2014/15), s. 1589.



gjørelse for slike er kompensasjon for bortfalt arbeidsinntekt, og derfor er skattepliktig som arbeidsinntekt, jf. Skattedirektoratets forskrift til sktl. §12-2-3.<sup>174</sup>

I Gaard-dommen kom Høyesterett til at en betydelig del av restvederlaget i realiteten var vederlag for karensklausulen.<sup>175</sup> Når selgerne hadde gjort MIS til en så stor bedrift på kort tid, kunne de også gjenta dette. Dette hadde Hitec grunn til å beskytte seg mot, noe de også måtte betale for.

#### 4.2.3.3 Markedslønn

Eventuell bindingstid og karensklausul må ses i sammenheng med hvilken lønn tidligere eiere mottar etter overdragelsen.<sup>176</sup> Eventuell godtgjørelse for slike bindinger kan være innebygget i deres lønn. Det er imidlertid omdiskutert om denne kan tillegges betydning. Spørsmålet er ofte om tidligere eier mottar markedslønn etter overdragelsen, det vil si den lønn en person med tilsvarende kompetanse ville mottatt i en lignende virksomhet innenfor tilsvarende bransje.<sup>177</sup>

I Finansdepartements uttalelse angis at et *”lønnsnivå atskillig under markedsverdi for arbeidet”* er en omstendighet som kan tale for omklassifisering.<sup>178</sup> I rettspraksis er det imidlertid selgerne som snur argumentet og anfører at de faktisk har fått markedslønn for arbeidet. Dette taler for at det ikke er adgang til omklassifisering, fordi det da har formodningen mot seg at det foreligger noen godtgjørelse for arbeidsinnsats i aksjevederlaget.<sup>179</sup> Tidligere finansminister Sigbjørn Johnsen mener dog at dette ikke uten videre kan snus, da avtalt markedslønn ikke nødvendigvis fritar for omklassifisering.<sup>180</sup>

Begrunnelsen for synspunktet er logisk; når man omklassifiserer på grunnlag av at vederlaget skyldes skattyters arbeidsinnsats og ikke investerte kapital, kan markedslønn tale for at dette ikke har tilknytning til tidligere eieres fortsatte arbeid. Man får dermed betalt for denne innsatsen på vanlig måte ved at man får markedslønn. En særskilt problemstilling blir da om det er normalt at en gründer kun skal få markedslønn ved videre arbeid. Det kan argumenteres for at disse har en slik særegen posisjon at markedslønn ikke kan være illustrerende for verdien av deres arbeid. Det kan være stor avstand mellom normal markedslønn for en konkret stil-

---

<sup>174</sup> Forskrift 22. november 1999 nr. 1160 fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av sktl. 22. november 1999 nr. 1160. (FSSD).

<sup>175</sup> Gaard-dommen, avsnitt 67.

<sup>176</sup> Kvamme(2005), s. 315, slik også Krohnstad(2006), s. 74.

<sup>177</sup> Wangen(2002), s. 42.

<sup>178</sup> Utv. 1999 s. 225FIN.

<sup>179</sup> Slik som Alvdaal-dommen, avsnitt 51.

<sup>180</sup> Johnsen(2009)

lingstype, og den betydelige verdi det kan ha for en bedrift at tidligere eier bruker sin kompetanse og arbeidskraft i bedriften etter eierskiftet.

I Alvdal-dommen var det avgjørende for Høyesterett at man allerede hadde konstatert at det forelå personavhengig forretningsverdi på annet grunnlag.<sup>181</sup> Det forelå allerede en tilknytning mellom aksjevederlaget og Skoglis ansettelse hos Alvdal Bygg ved at det ble konstatert personavhengig forretningsverdi. Markedslønn var derfor uinteressant. Høyesterett virker dermed å ha avvist at lønnsnivå hos ny eier kunne få avgjørende betydning.<sup>182</sup> Imidlertid kan Høyesterett sies å holde dette åpent når det heter at dersom det eventuelt skulle få betydning, måtte det være fordi *”slik lønn bevismessig kan tale mot at det er en kobling mellom vederlag for virksomheten og tidligere eiers arbeid for den nye eier.”*<sup>183</sup>

Gjems Onstad mener, i tråd med dette, at det ikke kan være avgjørende at selgerne minst mottok markedslønn for sin arbeidsinnsats.<sup>184</sup> Når tidligere eier er bundet gjennom avtaleklausuler, må dette naturlig føre til betaling ut over det normale. Når eksempelvis Gaard påtok seg en treårig karensklausul, var det åpenbart at han måtte tilbys noe mer enn markedslønn. Det er derfor ingen *”safe-harbor”* å gi selgerne markedslønn.

### 4.3 Oppsummering

Utgangspunktet er at gevinst ved realisasjon av aksjer skal beskattes som kapitalgevinst, jf. sktl. §5-1 andre ledd. For at det skal være adgang til omklassifisering i det enkelte tilfellet, må et vilkår om tilknytning mellom aksjevederlaget og selgers arbeidsinnsats være oppfylt, jf. sktl. §5-1 første ledd. Hvorvidt tilknytningskravet er oppfylt beror etter rettspraksis på en konkret helhetsvurdering av alle relevante forhold, med utgangspunkt i salgsavtalen. Avgjørende er hvilken innsatsfaktor som reflekteres i de omstridte deler av vederlaget - tidligere eiers fortsatte arbeidsinnsats, eller investerte kapital.<sup>185</sup>

Der deler av vederlaget reflekterer arbeidsinnsatsen, kan det presumeres at det er en forutsetning for kjøper at selger fortsetter sitt arbeidsforhold i virksomheten, og at det er ytt vederlag for såkalt personavhengig forretningsverdi. En slik forutsetning kan komme til uttrykk ved bindingsklausuler som knytter selgeren til virksomheten en viss tid. Godtgjørelse for slike klausuler er skattepliktig som arbeidsinntekt, selv om det er betalt markedslønn til tidligere eier. Brudd på slike klausuler kan avtalerettslig sett innebære en bristende forutsetning for

---

<sup>181</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 51. Slik også Haug(2009), s. 111.

<sup>182</sup> Zimmer(2009b), s. 322. Slik også Gaard-dommen, avsnitt 65.

<sup>183</sup> Alvdal-dommen, avsnitt 51.

<sup>184</sup> Gjems Onstad(2012), s.1109-1110.

<sup>185</sup> Zimmer(2014b), s. 602.

kjøper, slik at det kan være grunnlag for økonomiske sanksjoner mot selgeren i form av reduksjon av vederlaget.

#### **4.4 First Securities-dommen som uttrykk for gjeldende rett?**

I First Securities-dommen startet de ledende ansatte i Elcon Industries ASA grunnet misnøye med eierne planlegging av et nytt selskap, First Securities ASA(First). I denne forbindelse var det samtaler med Sparebank1-gruppen om mulig oppkjøp av 51% av det nystiftede selskapet for 175 millioner. Disse ble imidlertid avbrutt før selskapet ble stiftet i mars 1999 med en egenkapital på 50 millioner. Etter stiftelsen ble samtalene gjenopptatt og i april 1999 ble det inngått aksjekjøpsavtale på de samme vilkår som ved samtalene forut for stiftelsen av selskapet.

I forbindelse med stiftelsen av selskapet ble de 41 ansatte ved arbeidskontrakt underlagt bindingstid og karensklausul. Aksjekjøpsavtalen bygget videre på denne forutsetningen om at selgerne skulle fortsette i selskapet etter overdragelsen.

Spørsmålet i saken var om fordel knyttet til aksjer ervervet ved stiftelsen av First, eller om gevinst ved senere salg av de samme aksjene, skulle beskattes som arbeidsinntekt. Ved den opprinnelige ligningen vurderte man om det forelå grunnlag for omklassifisering på realisasjonstidspunktet. Riksskattenemnda konkluderte imidlertid med at to tredeler av differansen mellom tegningskursen og salgskursen ved stiftelsen skulle anses som fordel vunnet arbeid.

I tingretten ble ligningen opphevet fordi det ikke var grunnlag for å behandle spørsmålet om beskatning på realisasjonstidspunktet. Lagmannsretten anså seg kompetent til å forskyve innvinningstidspunktet og prøve om det forelå grunnlag for omklassifisering på realisasjonstidspunktet, med den følge at to tredeler av gevinsten ble ansett som arbeidsinntekt.

Høyesterett kom enstemmig til at det ikke var prosessuell adgang for å vurdere skatteplikt på realisasjonstidspunktet. Høyesterett kunne bare behandle den samme privatrettslige disposisjon som ligningsmyndighetene. Saken ble i realiteten avgjort på innvinningsbetraktninger, fordi det på stiftelsestidspunktet ennå ikke anses å være innvunnet noen fordel. Spørsmålet om omklassifisering på tidspunktet for realisasjon av aksjene måtte derfor eventuelt bli gjenstand for ny ligningsbehandling.

Etter en totalvurdering kom Skattedirektoratet til at saken ikke skulle fremmes til ny ligningsbehandling.<sup>186</sup> I Skattedirektoratets domskommentar legges det til grunn at rettstilstanden er

---

<sup>186</sup> Skattedirektoratet(2010), under punkt ”Skattedirektoratets kommentarer”.

uforandret i forhold til earn-out. Dette er i tråd med Gjems Onstad, som hevder at dommen neppe kan tillegges betydning for utlegging av gjeldende rett.<sup>187</sup> Dette er naturlig sett i sammenheng med at earn-out ikke var gjenstand for Høyesteretts behandling. I det følgende vil denne siden av saken forsøkes vurdert på bakgrunn av gjeldende rett. I denne sammenheng er særlig lagmannsrettens dom av interesse.

#### 4.4.1.1 *Lagmannsrettens dom i First Securities*

Borgarting lagmannsretts dom<sup>188</sup> ble fraveket av Høyesterett. Lagmannsretten kom under dissens (2-1) til at det var grunnlag for omklassifisering av aksjegevinsten innvunnet ved realisasjon av aksjene. Av prosessuelle grunner vurderte ikke Høyesterett denne del av saksforholdet. I ettertid har Høyesteretts rettsanvendelse blitt ansett korrekt, men lagmannsrettens vurdering av det materielle spørsmål kan likevel være av interesse ved en fastleggelse av gjeldende rett.<sup>189</sup>

Fra et rettskildemessig synspunkt vil det være betenkelig å legge vekt på en lagmannsrettsdom som ble fraveket av Høyesterett.<sup>190</sup> Imidlertid er det ikke med hensyn til det materielle at den ble fraveket – det var prosessuelle grunner som førte til at Høyesterett kom til motsatt resultat. Til tross for fravikelsen kan lagmannsrettens vurdering likevel presumeres å være i samsvar med gjeldende rett ved earn-out. Hva som er gjeldende rett på området, kommer først og fremst til uttrykk i Alvdal- og Gaard-dommene.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i tilknytningskravet i sktl. §5-1. Spørsmålet var etter dette i hvilken grad vederlaget var knyttet til verdien av at selgerne fortsatte i selskapet. Videre formuleres vurderingstemaet, i samsvar med Alvdal-dommen, som et spørsmål om deler av vederlaget kunne henføres til personavhengig forretningsverdi.

Selskapet hadde begrenset verdi utover egenkapitalen dersom man tenkte ansatteaksjonærene bort. Det var derfor av stor betydning for kjøper at disse fortsatte i selskapet etter salget, og dette må ha blitt reflektert i kjøpesummen. Sammen med tilbakebetalingsplikt av utbetalt bonus ved førtidig oppsigelse, utgjorde bindingstiden og karensklausulen mekanismer for å knytte de ansatte til selskapet, og deler av kjøpesummen var derfor godtgjørelse for disse. Det var derfor grunnlag for å omklassifisere deler av gevinsten til arbeidsinntekt.

---

<sup>187</sup> Gjems Onstad(2012), s. 1109.

<sup>188</sup> LB-2008-84232, publisert i Utv. 2010 s. 37. (Heretter lagmannsretten i First-saken).

<sup>189</sup> Eckhoff(2001), s. 162. Slik også Zimmer(2014a), s. 53.

<sup>190</sup> Eckhoff(2001), s. 162. Slik også Andenæs(2009), s. 97.

#### 4.4.2 Omklassifisering av aksjegevinst ved realisasjon?

For å ta standpunkt til hvorvidt det er grunnlag for omklassifisering er det hensiktsmessig å starte med en differensiering av de faktiske forhold i First-saken og Gaard-dommen. Zimmer foretar en sammenligning av saksforholdene og peker særlig på to sentrale forskjeller mellom saksforholdene.<sup>191</sup>

For det første hadde selgerne i begge saker forpliktet seg til å arbeide videre i virksomheten ved bindingstid og karensklausul. I Gaard var betaling av restvederlaget suspensivt betinget av at disse ble opprettholdt på forfallstidspunktene. I First Securities ble hele vederlaget betalt kontant ved overdragelsen av 51% av aksjene. Utbetalingen var dermed resolutivt betinget, slik at senere brudd på disse forpliktelsene ville resultert i økonomiske sanksjoner for de tidligere eierne. Også Alvdaal-dommen var resolutivt betinget, og jeg kan derfor ikke se at en slik ordning skal være problematisk.

For det andre var bindingstid og karensklausul i First Securities-saken etablert ved stiftelsen av selskapet, før det var avtalt salg av virksomheten. I Alvdaal- og Gaard-dommene var disse vilkårene satt i henholdsvis separat arbeidsavtale tilknyttet salget og i selve salgsavtalen. Spørsmålet var i hovedsak om det er en forutsetning for kjøper at de tidligere eiere fortsatte å arbeide i selskapet.

Denne forutsetningen kan foreligge selv om forpliktelsene som underbygger dette er etablert på et tidligere tidspunkt. Kjøper vil uansett overta selgernes arbeidskontrakter såfremt de er ansatt i selskapet og partene kan likevel bygge et element av godtgjørelse for forpliktelsene inn i salgsavtalen. Dette kan dog være et problematisk standpunkt å innta når Høyesterett fant det klart at det ikke var inngått en avtale om oppkjøp før stiftelsen av selskapet. Den korte tiden mellom samtaler om oppkjøp, stiftelsen av selskapet, og til slutt selve oppkjøpet kunne isolert sett tale for at arbeidsavtalene inngått ved stiftelsen av selskapet ble konstruert med sikte på en nært forestående overdragelse av aksjene i dette.

En annen forskjell, som Zimmer også er inne på, er at First Securities i motsetning til Alvdaal- og Gaard-sakene kun gjaldt salg av 51% av aksjene i selskapet. Det var også flere, mindre selgere i First Securities-saken. Lagmannsretten slo fast at de rettslige kriteriene som er avgjørende for grensedragningene, prinsipielt sett er de samme uansett hvor stor del av aksjene som selges.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> Zimmer(2011), s. 305-306.

<sup>192</sup> Lagmannsretten i First-saken, s. 12.

En slik forutsetning kan ikke tas helt på ordet. Mye taler imidlertid for at denne i hvert fall gjelder der majoriteten av aksjene selges, slik tilfellet var her. Dersom man kommer til at det foreligger personavhengig forretningsverdi, er det i utgangspunktet irrelevant hvor stor del av selskapet som selges. Det må imidlertid trekkes en nedre grense for hvor stor andel av selskapet som overdras. Mye kan tale for at det i hvert fall må foreligge et reelt eierskifte, slik at det ikke lenger er mest naturlig å beskatte avkastningen som vunnet ved kapital.<sup>193</sup>

Selges kun én aksje, ville det være unaturlig å skille ut deler av vederlaget som arbeidsinntekt.<sup>194</sup> Det er verken rettslig eller faktisk grunnlag for å vurdere nærmere hvor grensen går her, men de samme hensynene vil vel også gjøre seg gjeldende der mindre andeler selges. En forutsetning er imidlertid at forholdene for øvrig taler for omklassifisering. Mye taler for at det avgjørende vil være om selgeren får en særfordel ved overdragelsen som man ellers ikke ville fått om man tenker det arbeidsforholdet bort.

#### *4.4.2.1 Konklusjon*

Mye taler for at lagmannsrettens rettsanvendelse ved det materielle spørsmål i saken samsvarer med gjeldende rett. Zimmer virker imidlertid å mene at en omklassifisering i dette tilfellet ville vært å strekke det for langt.<sup>195</sup> Han mener at det vil oppstå vanskelige grensespørsmål om dette aksepteres, blant annet med tanke på tidsforløpet, hvor stor del av aksjene som selges og lignende. Ifølge ham vil det bli mindre aktuelt å omklassifisere der det er gått lang tid, og der det er færre aksjer som selges.

I First Securities-saken hadde det gått kort tid før eierskiftet; kun én måned. Saken gjaldt dessuten salg av aksjemajoriteten i selskapet. Jeg kan derfor ikke se at de forhold Zimmer her peker på skal tale mot omklassifisering i dette konkrete tilfellet. Det avgjørende for ham virker å være at praksis i slike saker allerede går ganske langt, og derfor ikke bør trekkes lenger.

Spesielt Gaard-dommen må kunne hevdes å ha vært meget streng mot selgerne. Man anså der aksjevederlaget for å knytte seg til selskapets bokførte egenkapital, men i et selskap i stor utvikling med 47 ansatte, må den fremtidige inntjeningsevnen kunne rettferdiggjøre et større vederlag for selskapet dersom man tenker tidligere eiere bort ved verdsettelsen. Dette kan nok delvis skyldes den konstruksjon partene hadde lagt opp til, med at i underkant av 10% ble overført på senere tidspunkt til mer enn halvparten av den totale kjøpesummen.

---

<sup>193</sup> Hagerup-dommen, s. 585.

<sup>194</sup> Zimmer(2011), s. 305.

<sup>195</sup> Zimmer(2011), s. 306.

Når det gjelder salget av First Securities er faktum likevel at selgerne fikk en stor gevinst som var foranlediget av deres kompetanse og den verdi denne hadde for kjøper. Når kjøpesummen da var langt høyere enn pålydende for et helt nystartet selskap, må dette anses å være begrunnet i den fremtidige inntjening selskapet kunne forventes å oppnå. Når en forutsetning for at denne forespeilingen ble realisert var at de ansatte fortsatte sitt arbeid i virksomheten, bør følgen være at gevinsten anses som arbeidsinntekt. Den var knyttet til deres fremtidige arbeidsinnsats, ikke den relativt beskjedne kapital som ble investert ved stiftelsen.

## **5 Beskatning av carried interest i Private Equity-fond**

### **5.1 Innledning**

Når formålet til et foretak er å bygge opp selskaper for å selge det med gevinst, er det nødvendig med personer som på kort tid kan skape den veksten man ønsker. Disse forvalternes arbeidsinnsats har dermed en sentral betydning for forekomsten av avkastning. For fondsforvalterne innebærer carried interest en høyere kapitalavkastning enn deres investering isolert sett skulle tilsi – de oppnår en meravkastning.<sup>196</sup> En forutsetning for meravkastningen, er at den overstiger den på forhånd fastsatte avkastning som tilfaller investorene med andeler i fondet.<sup>197</sup> Problemstillingen i det følgende er hvordan dette suksesshonoraret skal klassifiseres på forvalternes hånd – som kapitalinntekt eller arbeidsinntekt.

Utgangspunktet er at carried interest skal klassifiseres som kapitalinntekt for forvalterselskapet, jf. sktl. §5-20 første ledd. Etter ordlyden gjelder paragrafen kun avkastning av investert kapital *”utenfor virksomhet”*. I senere tid har skattemyndighetene imidlertid stilt spørsmål ved om denne kan klassifiseres som virksomhetsinntekt i rådgiverselskapet, jf. sktl. §5-30 som også gjelder avkastning av kapital *”i virksomheten”*, og videre arbeidsinntekt tilordnet forvalterne, jf. sktl. §5-10.

Perspektivet er at avkastningen i form av carried interest skyldes forvalternes innsats, ikke deres normalt beskjedne investerte kapital. Spørsmålet er etter norsk rett foreløpig ikke avklart. Det verserer imidlertid en sak i rettssystemet om Herkules Capital, som nå er anket til Høyesterett. Skattedirektoratet har varslet at resultatet her vil være avgjørende for om det vil bli reist saker mot tilsvarende fond.<sup>198</sup> Saken vil derfor få stor betydning for Private Equity-bransjen.

### **5.2 Herkules Capital-saken**

Med formål om å etablere seg i Private Equity-bransjen ble Herkules Capital I AS (rådgiverselskapet) etablert i 2004. Selskapsstrukturen ble konstruert som en *”hylleware”* og er derfor representativ for flere Private Equity-fond. 60% var eid av holdingsselskapet GMT Capital AS der Munthe, Blix og Rynning-Nilsen (Heretter prinsipalene) hadde 100% eierskap gjennom sine holdingsselskaper, mens de resterende 40% var eid av Ferd AS via holdingsselskap.

---

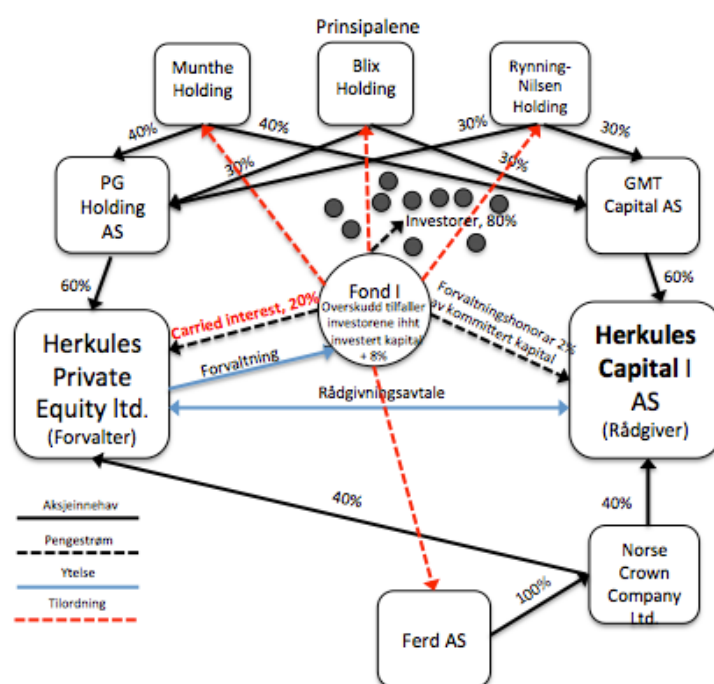
<sup>196</sup> Zimmer(2014b), s. 608.

<sup>197</sup> Lagmannsrettens i Herkules-saken, s. 4.

<sup>198</sup> <http://www.dn.no/nyheter/finans/2015/01/30/2200/Skatt/sviende-tap-for-herkulespartnere> (Besøkt sist 22. april 2015).



I 2004 etablerte Herkules to investeringsfond på Jersey som limited partnerships, tilsvarende norsk kommandittselskap, jf. selskapsloven.<sup>199</sup> §1-2 første ledd, bokstav e. Slike selskaper må ha en komplementar med ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, og i den forbindelse ble Herkules Private Equity Ltd.(forvalterselskapet) opprettet etter samme mønster som rådgiverselskapet. Det var dette som formelt sett var mottaker av Carried interest fra fondet, og kanaliserte dette videre til prinsipalenes holdingselskaper.



*Herkules Capital*

Etter salg av selskapet Pronova i 2007 realiserte fondet en vesentlig gevinst. Dette ble tilordnet prinsipalenes holdingselskaper med nesten 311 millioner totalt. Prinsipalene hevdet at dette var å anse som kapitalinntekt. Spørsmålet for ligningsmyndighetene var om suksesshonoraret i stedet kunne tilordnes rådgiverselskapet som virksomhetsinntekt, og videre som arbeidsinntekt for prinsipalene, til tross for at de ikke selv mottok beløpene direkte. Ved ligningen ble dette besvart bekreftende.

Tingretten<sup>200</sup> kom til at rådgiverselskapet måtte tilordnes suksesshonoraret som virksomhetsinntekt. Det var her mesteparten av verdiskapningen lå, ikke i forvalterselskapet som bare hadde en ”styrefunksjon”. Imidlertid kom man ikke til at suksesshonoraret skulle tilordnes videre til prinsipalene som arbeidsinntekt, fordi det hadde karakter av kapitalinntekt.

<sup>199</sup> Lov 21. juni 1985 nr. 83.

<sup>200</sup> Publisert i Utv. 2014 s. 946. (Heretter tingrettens i Herkules-saken).

For tingretten godtok prinsipalene at carried interest ble tilordnet rådgiverselskapet som virksomhetsinntekt.<sup>201</sup> Dersom prinsipalene hadde vunnet frem, hadde suksesshonoraret så vidt jeg forstår kun blitt å beskatte som kapitalinntekt i deres holdingselskaper. Dette ville medført at carried interest hadde blitt behandlet som skattefri kapitalinntekt etter fritaksmetoden, jf. sktl. §2-38 andre ledd bokstav a.

Etter de alminnelige tilordningsprinsippene er det subjektet som etter de underliggende forhold er det berettigede, som skal tilordnes inntekten.<sup>202</sup> Ved eventuell omklassifisering vil det derfor være irrelevant om honoraret ikke har havnet hos prinsipalene personlig. Det ble lagt vekt på momentene som trakk i retning av at det her dreide seg om virksomhetsinntekt hos rådgiverselskapet. Men prinsipalene hadde tross alt betydelige investeringer ved etableringen av Herkules. De hadde dermed en tapsrisiko ved eventuell negativ kursutvikling. Dessuten var prinsipalene fullt ut ansvarlige for fondets forpliktelser og gjeld, selv om ansvaret i praksis var noe begrenset gjennom aksjeselskapene. Slike ansvarsbestemmelser var likevel ikke vanlige i arbeidsforhold.

Lagmannsretten kom enstemmig til at det forelå kvalifisert tilknytning mellom arbeidet for rådgiverselskapet og suksesshonoraret, og honoraret ble derfor ansett som virksomhetsinntekt for rådgiverselskapet og arbeidsinntekt for prinsipalene.<sup>203</sup> Avkastningen måtte sees i sammenheng med prinsipalenes arbeid for fondet og de bindinger som lå i avtaleverket. Etter avtalen var hensikten med carried interest tilsvarende som for de alminnelige incentivordninger. Når det ble ansett som en forutsetning for å eie aksjer i Herkules at man var ledende ansatt i rådgiverselskapet og at prinsipalenes rettigheter i de senere fond skulle være tilsvarende som i fond I, var suksesshonoraret tilstrekkelig tilknyttet arbeidsforholdet.

### **5.3 Klassifisering av carried interest som kapitalinntekt, jf. sktl. §5-20 eller arbeidsinntekt, jf. sktl. §5-10?**

#### **5.3.1 Kvalifisert tilknytning mellom suksesshonorar og arbeidsinnsats?**

I det følgende vil jeg drøfte hvordan carried interest skal klassifiseres på prinsipalenes hånd. Det avgrenses mot spørsmålet om klassifisering av suksesshonorar på selskapsnivå, og de særskilte materielle tilordningsspørsmål som reises i forbindelse med beskatning av honoraret. Vurderingen vil være nært knyttet opp til Herkules-saken fordi denne er etablert etter såkalt ”hylleware” og viser derfor hovedlinjene i den strukturen som normalt benyttes ved etableringen av Private Equity-fond.

---

<sup>201</sup> Fremkommer i lagmannsretten i Herkules-saken, s. 12.

<sup>202</sup> Zimmer(2014a), s. 115.

<sup>203</sup> Lagmannsretten i Herkules-saken, s. 16.

Forvalterne hadde selv, gjennom sine holdingselskaper, investert en sum i fondet og rådgiverselskapet. Avkastningen de fikk på sin investerte kapital var imidlertid ikke oppe til vurdering for lagmannsretten. Denne ble beskattet som kapitalinntekt ved ligningen. Det var derfor ingen grunn for prinsipalene å påklage dette.

I Herkules-saken ble suksesshonoraret utbetalt til prinsipalene som kapitalinntekt, og beskattes derfor i utgangspunktet som dette, jf. sktl. §5-30 første ledd bokstav b. Imidlertid yter forvalterne, som ved vanlig arbeidsinntekt, også en personlig innsats av økonomisk karakter for å opparbeide avkastningen, jf. sktl. §5-10. Isolert sett kan honoraret derfor skattlegges både etter kapital- og arbeidsregelen, selv om arbeidsinnsatsen ble ytet gjennom selskapet. Det avgjørende blir dermed hvilke av innsatsfaktorene fordelene har nærmest tilknytning til – prinsipalenes investerte kapital eller deres arbeidsinnsats i Herkules?<sup>204</sup>

### 5.3.2 Beskatning av suksesshonorar i Herkules-saken

Prinsipalenes egne investeringer var beskjedne sett i forhold til fondets totale verdi, men de var likevel fullt ut ansvarlige for selskapets forpliktelser sammen med Ferd. Ansvarer var imidlertid betinget av grov uaktsomhet.<sup>205</sup> Tapspotensialet var likevel stort. Investorene hadde krav på 8% årlig avkastning og rådgiverselskapet hadde krav på 2% i årlig rådgivningshonorar. Avkastning utover disse faste 10%, utgjorde en meravkastning som tilkom forvalterselskapet med 20% i form av carried interest. Dette innebar at det var prinsipalene og Ferd som hadde risikoen for negativ kursendring, eller årlig ved kursendring lavere enn 10%, men denne var likevel begrenset til egenkapitalen investert i forvalterselskapet.

Tingretten anså det som fremmed å klassifisere en samlet inntekt på over 300 millioner som lønn. Dette kan ikke i seg selv være noen hindring for omklassifisering. Et moment som imidlertid kan være relevant i denne sammenheng er hvilken lønn prinsipalene mottok for sitt arbeid i rådgiverselskapet. Men det er ingen holdepunkter i Herkules-saken for å drøfte om prinsipalenes lønn samsvarer med markedslønn for forvaltere i Private Equity-fond.

I Sverige ble en lignende sak om Private Equity-selskapet Nordic Capital avgjort i skattyternes favør.<sup>206</sup> I forvaltningsdomstolens andre instans, kammarätten, kom man til at suksesshonoraret var kapitalinntekt for rådgiverselskapet, men ikke arbeidsinntekt for forvalterne.<sup>207</sup> Det avgjørende var at det var en rekke andre faktorer som i tillegg til forvalternes arbeidsinn-

---

<sup>204</sup> Hagerup-dommen, s. 585.

<sup>205</sup> Tingretten i Herkules-saken, s. 11.

<sup>206</sup> <http://cfoworld.idg.se/2.13965/1.578974/carried-interest---lon-eller-kapitalinkomst/sida/3/nordic-capital-malet> (Besøkt sist 22. april 2015).

<sup>207</sup> Zimmer(2014)b, s. 608.

sats som påvirket fondets inntekter. Det svenske Skatteverket anket saken til Högsta Forvaltningsdomstolen, men den ble ikke sluppet inn til behandling.<sup>208</sup> Etter svensk rett må det etter dette anses som avklart at carried interest i utgangspunktet ikke kan omklassifiseres til arbeidsinntekt.

Danmark har særskilte regler som åpner for lønnsbeskatning av suksesshonoraret.<sup>209</sup> I forhold til norsk rett reiser den svenske løsningen problemer når det gjelder skattekonkurranse; skattlegging av carried interest som arbeidsinntekt vil medføre at det vil være mer gunstig for å etablere et Private Equity-fond i Sverige enn i Norge.<sup>210</sup>

For lagmannsretten trakk prinsipalene frem at mulighetene til reinvestering av det beløp de mottok som carried interest ville reduseres dersom de ble tilordnet dette som arbeidsinntekt.<sup>211</sup> Argumentet må ses i sammenheng med skattereformen 2006. Reformen innebar at overskudd skal kunne beholdes i et holdingselskap uten at dette utløser beskatning, slik at grunnlaget for videre investeringer ikke forringes. Hensynet til å motvirke inntektsskifting må imidlertid ha større vekt. Uttaksprinsippet kan derfor ikke benyttes der hensikten med opplegget er å unngå beskatning grunnet fritaksmetoden. Lagmannsretten la derfor til grunn at arbeidsinntekt ikke skulle kunne tas ut skattefritt etter fritaksmetoden og legges i et mellomliggende holdingselskap.

Tingretten trakk frem at suksesshonoraret ble fordelt mellom prinsipalene og Ferd i henhold til den innbyrdes eierbrøk, jf. Gaard-dommen.<sup>212</sup> I forhold til Ferd fikk prinsipalene derfor ingen særfordeler når det gjaldt selve utbetalingen av suksesshonorar. Imidlertid hadde Ferd som ”sponsor” investert 600 millioner i forvalterselskapet.<sup>213</sup> Den investeringen som hver for seg ligger til grunn for å motta suksesshonorar, må derfor kunne sies å medføre særfordeler for prinsipalene sett i forhold til Ferd. Den meravkastning prinsipalene på denne måten mottok oppstod derfor som følge av deres arbeidsinnsats, ikke den relativt beskjedne kapital de selv bidro med.

Prinsipalene anførte for lagmannsretten at siden carried interest tilordnet Ferd AS ble beskattet kapitalinntekt, måtte dette føre til at honoraret også var å beskatte som kapitalinntekt på

---

<sup>208</sup> <http://cfoworld.idg.se/2.13965/1.578974/carried-interest---lon-eller-kapitalinkomst/sida/3/nordic-capital-malet> (Besøkt sist 22. april 2015).

<sup>209</sup> Finansdepartementet(2012)

<sup>210</sup> Lagmannsretten i Herkules-saken, s. 14.

<sup>211</sup> Lagmannsretten i Herkules-saken, s. 18.

<sup>212</sup> Tingretten i Herkules-saken, s. 11

<sup>213</sup> Lagmannsretten i Herkules-saken, s. 5.

deres hånd. Man kunne ikke gjøre forskjell på dem ved beskatning av samme inntekt.<sup>214</sup> Lagmannsretten kom med henvisning til SEB Enskilda-dommen, imidlertid til at inntekstklassifisering kan differensieres så lenge en reell vurdering av de bakenforliggende innsatsfaktorer tilsier dette.

Prinsipalene ble i investeringsavtalene og ved markedsføringen av fondene omtalt som ”nøkkelpersoner”, og var av sentral betydning for fondets utvikling.<sup>215</sup> De utførte omfattende arbeid i fondet, og var bundet til arbeidsforholdet på flere måter, blant annet gjennom karenstid på ett år. Denne tilknytningen kan tale for at man ved investeringen betalte for det man ved earn-out kaller for personavhengig forretningsverdi, jf. Alvdal-dommen. Ifølge ligningsmyndighetene var den samlede effekt av opplegget kraftige incentiver for prinsipalene til å fortsette arbeidet i rådgiverselskapet.

Videre var det en forutsetning for å eie aksjer i holdingselskapet bak forvalterselskapet, at man var ledende ansatt i Herkules. Dette kan ikke alene medføre lønnsbeskatning, jf. Pre Finans-dommen. Suksesshonoraret var imidlertid betinget av ansettelse i rådgiverselskapet og aksjene måtte derfor selges ved eventuell fratreden. Etter Kruse Smith-dommen er heller ikke dette tilstrekkelig grunn til lønnsbeskatning. For mye utbetalt suksesshonorar måtte dessuten tilbakebetales ved fratreden, slik at man kun fikk beholde den delen som var opparbeidet i den tid man hadde arbeidet for Herkules. Ifølge tingretten var ikke dette vanlig for lønnstakere.<sup>216</sup>

Når en ny forvalter kom inn som ny aksjonær i Herkules, mottok han ikke carried interest fra fond I fordi han ikke hadde deltatt ved etableringen av dette.<sup>217</sup> Imidlertid mottok han suksesshonorar fra de senere fond han faktisk deltok i etableringen av. Etter hvert ble det også etablert en incentivordning for øvrige ansatte, som innebar at disse fikk aksjer i et holdingselskap som ikke hadde eierskap i Herkules, men som likevel ga rett på suksesshonorar. Når dette da ble utbetalt som lønn til de ansatte, og dermed ble skattlagt som lønn på deres hånd, taler dette for at suksesshonoraret tilordnet prinsipalenes holdingselskaper også hadde karakter av lønn.

Lagmannsrettens dom fremstår som velbegrunnet og grundig, og det kan være gode holdpunkter for at en lignende løsning vil velges av Høyesterett ved eventuell behandling.<sup>218</sup> En lagmannsrettsdom kan imidlertid ikke tillegges særlig rettskildemessig vekt, slik at Høyeste-

---

<sup>214</sup> Lagmannsretten i Herkules-saken, s. 12

<sup>215</sup> Lagmannsretten i Herkules-saken, s. 16

<sup>216</sup> Tingretten i Herkules-saken, s. 11

<sup>217</sup> Lagmannsretten i Herkules-saken, s. 17

<sup>218</sup> Eckhoff(2001), s. 372 flg.

rett uansett ikke vil føle seg bundet av dette.<sup>219</sup> Man må forvente at Høyesterett legger til grunn det resultat den etter en reell overprøving selv mener er riktig. De Høyesterettsdommene som har blitt gjennomgått i denne avhandlingen viser at man har lagt vekt på hva som faktisk var grunnlaget for utbetalingen av carried interest.<sup>220</sup> Der dette har vært den investerte kapital, har man beskattet avkastningen på denne som kapitalinntekt. Der det har vært arbeidsinnsatsen som har ligget til grunn, har man beskattet avkastningen som arbeidsinntekt.

### 5.3.3 Konklusjon

Etter dette taler mye for å skattlegge carried interest som arbeidsinntekt. Et tungtveiende moment er at den investerte sum er relativt beskjeden sett i forhold til fordelingen av den mottatte carried interest. Når dette forholdet er så ujevnt, kommer prinsipalenes reelle tapsrisiko i bakgrunnen.

Det sentrale i Herkules-saken er at prinsipalene får samme gevinstmuligheter som Ferd, til tross for at deres investering var vesentlig mindre. Sett i forhold til Ferd, som her var den eneste andre aksjonæren å sammenligne deres aksjonærposisjon med, fikk de særfordeler på grunnlag av arbeidsforholdet. Aksjeinnehavet representerte dermed et avvik fra de markedsmessige vilkår. Likevel må det anses som usikkert om avviket kan sies å være markert, jf. Pre Finans-dommen.

Det avgjørende er om prinsipalenes egne investeringer i Herkules, sammenholdt med den risikoen de hadde for negative kursendringer, anses å ha foranlediget utbetalingen av carried interest. Der dette er tilfellet, skal suksesshonoraret beskattes som kapitalinntekt. Ser man det derimot slik at suksesshonoraret er foranlediget av prinsipalenes arbeidsinnsats blir dette skattepliktig som arbeidsinntekt.

Etter de faktiske forhold taler mye for at suksesshonoraret har tilstrekkelig tilknytning til både den investerte kapital og arbeidsinnsatsen. Spørsmålet er da hvilken av disse innsatsfaktorene utbetalingen har nærmest tilknytning til.

I sammenheng med dette har jeg under tvil kommet til at prinsipalenes arbeidsinnsats kan anses som den mest vesentlige innsatsfaktor for opptjeningen av carried interest, og derfor har foranlediget opptjeningen av denne. Jeg ser det slik at arbeidsinntekt er det mest naturlige beskatningsgrunnlag i dette konkrete tilfellet.

---

<sup>219</sup> Eckhoff(2001), s. 162.

<sup>220</sup> Slik som SEB Enskilda-dommen, og Rt. 2010 s. 527.

## 6 Avsluttende bemerkninger

Det avgjørende for om det generelt sett er adgang til omklassifisering av kapitalgevinster til arbeidsinntekt er om det kan påvises en kvalifisert tilknytning mellom arbeidsforholdet og gevinsten som realiseres, jf. sktl. §5-1 sammenholdt med rettspraksis. Om slik tilknytning foreligger beror på en konkret vurdering av de faktiske forhold, der en rekke momenter oppstilt i rettspraksis er relevante.

Dette fører til at det er et stort antall ulike konstruksjoner for i realiteten å maskere lønnsinntekter som aksjegevinster. En detaljregulering er grunnet et stort spekter av mulige variasjoner, av ligningstekniske hensyn lite sannsynlig og lite hensiktsmessig.<sup>221</sup> De konkrete tilfellene som har blitt gjennomgått i denne oppgaven kan tjene som typetilfeller for både positive<sup>222</sup> og negative<sup>223</sup> løsninger for skattyterne og et eventuelt utgangspunkt ved oppsett av en aksjetransaksjon i tilknytning til arbeidsforhold. Hvorvidt en konstruksjon vil rammes av omklassifisering er det ikke på forhånd lett å gi noe svar på. Disse vil være følsomme for individuelle tilpasninger, noe som kan være problematisk når det ikke er noen klare retningslinjer for hva som godtas og hva som ikke godtas.<sup>224</sup>

Tidligere finansminister Sigbjørn Johnsen virket å mene at gjeldende rett ved klassifiseringen av earn-out er tilstrekkelig klar.<sup>225</sup> Som denne fremstillingen har vist, er dette imidlertid ikke tilfelle. Det samme kan heller ikke sies om behandlingen av gevinst på aksjer i arbeidsforhold, og spesielt ikke for klassifiseringen av carried interest i Private Equity-fond. Etter forskrift 14. juni 2005 om bindende forhåndsuttalelser er skattyterne imidlertid gitt adgang til å få en forhåndsbedømmelse av den aktuelle konstruksjon som vil være bindende for ligningsmyndigheten ved senere behandling.

### 6.1 Gjeldende rett sett i lys av Scheel-utvalgets innstilling

Hvor lønnsomt inntektsskifting til enhver tid er, beror på differansen mellom marginalsattesatsen på lønn inklusiv arbeidsgiveravgift og marginalsattesats på eierinntekt inklusiv selskapsskatt.

I Scheel-utvalgets innstilling<sup>226</sup> om kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi ble det lagt til grunn at skatt på eierinntekt, typisk utbytte eller gevinst på aksjer, samlet sett bør settes slik

---

<sup>221</sup> Slik også Johnsen(2009).

<sup>222</sup> Kruse Smith-, og First Securities-dommene.

<sup>223</sup> Pre Finans-, Alvdal- og Gaard-dommene.

<sup>224</sup> Gjems Onstad(2012), s. 252.

<sup>225</sup> Johnsen(2009).

<sup>226</sup> NOU 2014:13.

at motivet til inntektsskifting fjernes. Dette innebærer at den samlede skattebelastning på eierinntekter blir tilnærmet lik marginal skattebelastningen på lønn, inklusive arbeidsgiveravgift.<sup>227</sup> For å øke skattesatsen på eierinntekt uavhengig av selskapsskatten, som etter innstillingen skal reduseres<sup>228</sup>, har utvalget foreslått at eierinntekt skilles ut som eget skattegrunnlag med en proSENTSats på 41%.<sup>229</sup>

For aksjegevinster vil dette medføre en økt skattebelastning fra 27% til 41%.<sup>230</sup> Sammenholdt med beskatning av overskudd på selskapets hånd<sup>231</sup>, fører dette imidlertid til en økning av marginal skattesats på eierinntekter til personlige aksjonærer til 52,8%.<sup>232</sup> Når marginal skattesats på arbeidsinntekter inkludert arbeidsgiveravgift er foreslått redusert til samme sats, vil dette føre til at incitamentet til inntektsskifting forsvinner.<sup>233</sup> Grunnet fritaksmetoden vil spørsmålet om omklassifisering av kapitalinntekter likevel ha relevans. Kapitalinntekter i aksjeselskaper er fritatt fra beskatning etter fritaksmetoden, slik at forskjellen på beskatning da rent faktisk vil bli større.

---

<sup>227</sup> NOU 2014:13, s. 270 og 277.

<sup>228</sup> NOU 2014:13, s. 18.

<sup>229</sup> NOU 2014:13, s. 277.

<sup>230</sup> NOU 2014:13, s. 282.

<sup>231</sup> Som er foreslått redusert til 20%, jf. NOU 2014:13, s. 18.

<sup>232</sup> NOU 2014:13, s. 269.

<sup>233</sup> NOU 2014:13, s. 270.



## **7 Kilderegister**

### **7.1 Norske lover, forskrifter og stortingsvedtak**

- 1971 Lov 12. desember 1971 nr. 99 om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer (aksjegevinstbeskatningsloven). [Opphevet]
- 1980 Lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven).
- 1985 Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).
- 1997 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).
- 1998 Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap mv. (regnskapsloven).
- 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven).
- 1999 Forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (FSFIN).
- 1999 Forskrift 22. november 1999 nr. 1160 fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven 26. mars. 1999 nr. 14 (FSSD).
- 2015 Stortingsvedtak 15.12.2014 nr. 1718 om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2015 (Stortingets skattevedtak).

### **7.2 Domsregister**

- Rt. 1922 s. 523      Norberg
- Rt. 1927 s. 819      Disponent
- Rt. 1958 s. 583      Hagerup
- Rt. 1994 s. 1064     Bye
- Rt. 2000 s. 758      Kruse Smith
- Rt. 2000 s. 772      Alst

Rt. 2000 s. 1739	Pre Finans
Rt. 2001 s. 640	Paulsen
Rt. 2003 s. 504	Lundgaard
Rt. 2008 s. 1307	Alvdal
Rt. 2009 s. 105	SEB Enskilda
Rt. 2009 s. 813	Gaard
Rt. 2010 s. 527	Boston Consulting Group
Rt. 2010 s. 999	First Securities

LG-2003-9711	Vistnes	Publisert i Utv. 2005 s. 277
LG-2004-309	Friberg Hansen	Publisert i Utv. 2005 s. 907
LB-2011-163392		Publisert i Utv. 2013 s. 999
LB-2008-84232	Lagmannsretten i First Securities	Publisert i Utv. 2010 s. 37
LB-2014-48039	Lagmannsretten i Herkules Capital	

Utv. 2014 s. 946    Tingretten i Herkules Capital

### **7.3      Forarbeider, administrative uttalelser og ligningspraksis**

Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)    Om ny skattelov.

NOU 2014: 13                      Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi.

Utv. 1999 nr. 225FIN            Finansdepartementets uttalelse 30. desember 1998 om Bruttoskatteplikt mv. ved kombinerte aksjeoverdragelser og arbeidsavtaler («earn outs»).

BFU nr. 2, 2002                      Bindende forhåndsuttalelse av Skattedirektoratet, 10. april 2002 – avgitt januar 2002.

BFU nr. 16, 2002                      Bindende forhåndsuttalelse av Skattedirektoratet, 10. april 2002 – avgitt mars 2002.

## 7.4 Litteraturliste

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, 2009.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan Erik Helgesen, 2005.
- Eide (2008) Eide, Erling, Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008.
- Gjems Onstad (2001) Gjems Onstad, Ole, «Earnout», *Moderne forretningsjus*, Tore Bråthen og Ole Gjems Onstad(red.), 2001 s. 64-84.
- Gjems Onstad (2012) Gjems Onstad, Ole, *Norsk bedriftsskatterett*, 8. utgave, 2012.
- Haug (2009) Haug, Anne Cathrine, «Høyesterettsdom av 9. oktober 2008 - omklassifisering av vederlag til lønn i forbindelse med virksomhetsoverdragelse», *Praktisk økonomi & Finans*, 02/2009, s. 107-112.  
(Sitert fra Idunn.no)
- Hauge (2015) Hauge, Harald, «Kommentar til skatteloven», I: *Norsk lovkommentar*, Revidert 05. januar 2015.
- Krohnstad (2006) Krohnstad, Morten Foros, «En delingsmodell for aksjegevinster», *Skatterett*, 01/2006, s. 67-81 (Sitert fra Idunn.no)
- Kvamme (2005) Kvamme, Kristian, «Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekter», *Skatterett*, 04/2005, s. 305-320. (Sitert fra Idunn.no)
- Matre (2001) Matre, Hugo P., «Finansiering av ansatteaksjer – Kruse Smith-modellen», *Moderne forretningsjus*, Tore Bråthen og Ole Gjems Onstad(red.), 2001 s. 129-143.
- Sagedahl (2010) Sagedahl, Sigrun, «Earn-out og fortsatt arbeidspunkt ved salg av virksomhet», *Eurojuris informer*, 1/2010, s. 18-21. Via <http://lov.as/wp-content/uploads/2012/01/Eurojuris-Informerer-nr-1-2010.pdf>  
(Besøkt 08. januar 2015)
- Skattedirektoratet Lignings-ABC 2001 for inntektsåret 2001.
- Stoveland (2006) Stoveland, Per Helge, «Nye regler for beskatning av virksomhetsutøvere», *Magma Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, 02/2006. Via <http://www.magma.no/nye-regler-for-beskatning-av-virksomhetsutøvere> (besøkt 24. April 2015)

- Stoveland (2009) Stoveland, Per Helge, «Lønnsbeskatning ved virksomhetsoverdragelse», *Magma Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, 07/2009. Via <http://www.magma.no/loennsbeskatning-ved-virksomhetsoverdragelse> (besøkt 08. januar 2015)
- Wangen (2002) Wangen, Ståle, «Earn-out – skattemessige konsekvenser for selgende aksjonær», *Revisjon og Regnskap*, 08/2002, s. 40-45.
- Zimmer (2001) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2000 – del 1», *Skatterett*, 03/2001, s. 276-294. (Sitert fra Idunn.no)  
 hoyesterettsdommer\_i\_skattesaker\_2\_-\_del\_1
- Zimmer (2004) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2003 – del 1», *Skatterett*, 03/2004, s.271-291. (Sitert fra Idunn.no)
- Zimmer (2009b) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2008», *Skatterett*, 04/2009, s. 305-367. (Sitert fra Idunn.no)
- Zimmer (2010) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», *Skatterett*, 04/2010, s. 308-355. (Sitert fra Idunn.no)
- Zimmer (2011) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2010», *Skatterett*, 04/2011, s. 301-322. (Sitert fra Idunn.no)
- Zimmer (2014a) Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 7. utgave, 2014.
- Zimmer (2014b) Zimmer, Frederik (red.), i samarbeid med Advokatfirmaet BA-HR DA, *Bedrift, selskap og skatt*, 6. utgave, 2014.
- Aarbakke (1990) Aarbakke, Magnus, *Skatt på inntekt*, 4. utgave, 1990.

## 7.5 Nettdokumenter

- Finansdepartementet (2014) *Skattesatser 2015*.  
<https://www.regjeringen.no/nb/tema/okonomi-og-budsjett/skatte-og-avgifter/Skattesatser-2015/id2005680/> (Besøkt sist 22. april 2015)
- Skattedirektoratet (2010) *Høyesteretts dom av 1. september 2010 (First Securities ASA) – Skattedirektoratets domskommentarer*. <http://www.skatteetaten.no/no/Radgiver/Rettskilder/Uttalelser/Domskommentarer/Hoyesteretts-dom-av-1-september-2010-First-Securites-ASA—Skattedirektoratets-domskommentarer/>
- Skattedirektoratet (2015) *Lignings-ABC 2014/15*, Per Helge Stoveland (Red.), 2015.  
[http://www.skatteetaten.no/upload/PDFer/Lignings-ABC2014\\_15.pdf?epslanguage=nb-NO](http://www.skatteetaten.no/upload/PDFer/Lignings-ABC2014_15.pdf?epslanguage=nb-NO)

## 7.6 Øvrige kilder

- Johnsen (2009)      *Finansminister Sigbjørn Johnsens svar på spm. nr. 148 fra stortingsrepresentant Gunnar Gundersen (Høyre)*, 13. november 2009.  
<https://www.regjeringen.no/nb/aktuelt/svar-pa-spm-148-fra-stortingsrepresentan/id585844/>
- Finansdepartementet (2012)      *Finansdepartementets svar på spm. nr. 133 fra Finanskomiteen*, 08. oktober 2012. <http://www.statsbudsjettet.no/Statsbudsjettet-2013/Budsjettspørsmål/Skatteravgifter/Hyre133/?query=danmark&all=true&parti=>
- Wikipedia      <http://en.wikipedia.org/wiki/Earnout> (besøkt 09.03.15)
- Dagens Næringsliv      <http://www.dn.no/nyheter/finans/2015/01/30/2200/Skatt/sviende-tap-for-herkulespartnere> (Besøkt sist 22. april 2015).
- CFOworld      <http://cfoworld.idg.se/2.13965/1.578974/carried-interest---lon-eller-kapitalinkomst/sida/3/nordic-capital-malet> (Besøkt sist 22. april 2015).
- Alstadheim (2000)      Alstadheim, Kjetil B, «Aksjer fremfor opsjoner», *Dagens Næringsliv Morgen*, 26.05.2000 s. 12. (Via Atekst.no)
- Klokeide (2000)      Klokeide, Ole Erik, «Tetter skattesmutthull», *Dagens Næringsliv Morgen*, 13.06.2000 s. 20 (Via Atekst.no)
- Eide (2000)      Eide, Finn, «"Livsfarlig" skatteråd» *Dagens Næringsliv Morgen*, 19.06.2000 s. 3 (Via Atekst.no)